



Universidad  
Carlos III de Madrid  
www.uc3m.es

# ***TESIS DOCTORAL***

## ***Exigibilidad política y jurisdiccional de los derechos sociales***

**Autora:**

**Lina Victoria Parra Cortés**

**Director:**

**Francisco Javier Ansuátegui Roig**

**DOCTORADO EN ESTUDIOS AVANZADOS EN DERECHOS  
HUMANOS**

Getafe, febrero 2018



## TESIS DOCTORAL

### EXIGIBILIDAD POLÍTICA Y JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

***Autora:*** *Lina Victoria Parra Cortés*

**Director:** **Francisco Javier Ansuátegui Roig**

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente:

Vocal:

Secretario:

Calificación:

Getafe, de de 2018





## TABLA DE CONTENIDO

<b>AGRADECIMIENTOS .....</b>	<b>V</b>
<b>INTRODUCCIÓN GENERAL.....</b>	<b>1</b>
 <b>CAPÍTULO PRIMERO .....</b>	 <b>5</b>
<b>1. DERECHOS FUNDAMENTALES, FUNDAMENTACIÓN E IDEOLOGÍA .....</b>	<b>5</b>
<b>1.1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>5</b>
<b>1.2. SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....</b>	<b>13</b>
<b>1.3. TIPOS DE FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....</b>	<b>17</b>
1.3.1. PERSPECTIVA NEGATIVA .....	18
1.3.2. PERSPECTIVA POSITIVA .....	23
<b>1.4. UNA PERSPECTIVA DE FUNDAMENTACIÓN BASADA EN LOS VALORES SUPERIORES Y LAS NECESIDADES HUMANAS.....</b>	<b>34</b>
1.4.1. VALORES FUNDANTES.....	36
a) <i>Dignidad humana</i> .....	37
b) <i>Igualdad</i> .....	47
c) <i>Solidaridad</i> .....	62
d) <i>Libertad</i> .....	80
1.4.2. NECESIDADES HUMANAS.....	96
<b>1.5. IDEOLOGÍA.....</b>	<b>116</b>
1.5.1. ORIGEN DEL TÉRMINO <i>IDEOLOGÍA</i> .....	117
1.5.2. CONCEPTO DE IDEOLOGÍA.....	128
1.5.3. ¿SE PUEDE HABLAR DE SUPRAIDEOLOGÍAS? .....	135
1.5.4. ¿SON LOS DERECHOS HUMANOS UNA SUPRAIDEOLOGÍA? .....	139
<b>1.6. IZQUIERDA(S) Y DERECHA(S): EL CONFLICTO POR LOS DERECHOS QUE SE DEBEN REALIZAR.....</b>	<b>145</b>
<b>1.7. CONCLUSIONES .....</b>	<b>153</b>

<b>CAPÍTULO SEGUNDO.....</b>	<b>156</b>
<b>2. CONCEPTO Y FUNDAMENTALIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES...</b>	<b>156</b>
2.1. INTRODUCCIÓN.....	156
2.2. SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	157
2.3. CONCEPTO DE DERECHOS SOCIALES. LA DISCUSIÓN EN TORNO A SU FUNDAMENTALIDAD.....	171
2.3.1. VAGUEDAD Y CONTENIDO.....	177
2.3.2. CONTENIDO PRESTACIONAL .....	182
2.3.3. NO JUSTICIABILIDAD .....	188
2.3.4. COLISIÓN CON VERDADEROS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	192
2.3.5 EN CONCLUSIÓN: LOS DERECHOS SOCIALES SON DERECHOS FUNDAMENTALES .....	197
2.4. GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	199
2.4.1. QUÉ SON LAS GARANTÍAS .....	201
2.4.2. TIPOLOGÍAS.....	203
a) Tipología(s) de Luigi Ferrajoli: garantías primarias y secundarias.....	203
b) Tipología de Gregorio Peces-Barba .....	210
c) Tipología de Antonio Enrique Pérez Luño.....	213
d) Tipología de Gerardo Pisarello .....	216
2.5. CONSIDERACIONES SOBRE EL PAPEL DE LOS PODERES PÚBLICOS EN LA GARANTÍA DE DERECHOS SOCIALES.....	223
2.6. GARANTÍAS POLÍTICAS Y SOCIALES – ENCUENTROS Y DESENCUENTROS IDEOLÓGICOS .....	233
2.6.1. FALLOS EN LAS GARANTÍAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS.....	234
2.6.2. DEFECTOS EN LAS GARANTÍAS SOCIALES.....	238
2.7. CONCLUSIONES.....	244
<b>CAPÍTULO TERCERO.....</b>	<b>248</b>
<b>3. MECANISMOS INTERNACIONALES DE EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES .....</b>	<b>248</b>
3.1 INTRODUCCIÓN .....	248
3.2 PRECISIONES CONCEPTUALES SOBRE LA EXIGIBILIDAD Y LA JUSTICIABILIDAD DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	249
3.2.1 EXIGIBILIDAD .....	250

3.2.2 JUSTICIABILIDAD .....	254
a) <i>Justiciabilidad directa</i> .....	255
b) <i>Justiciabilidad indirecta</i> .....	256
c) <i>Justiciabilidad según la finalidad</i> .....	259
d) <i>Dificultades y límites de la justiciabilidad</i> .....	262
1) Dificultades de adecuación procesal – falta de garantías .....	263
2) Dificultades de competencia – técnica y legitimidad política .....	265
3) Dificultades de ejecución .....	267
3.2.3 EXIGIBILIDAD SEMI-JURISDICCIONAL Y CUASI-CONTENCIOSA .....	270
3.2.4 EXIGIBILIDAD POLÍTICA Y SEMI-POLÍTICA .....	273
a) <i>Obstáculos de las garantías políticas</i> .....	277
b) <i>El efecto boomerang y las garantías sociales y políticas</i> .....	280
<b>3.3 OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS COMO PRECONDICIÓN PARA LA EXIGIBILIDAD .....</b>	<b>285</b>
3.3.1 ESQUEMAS DE ASBJORN EIDE – 1983, 1987 Y 2001 .....	286
3.3.2 ESQUEMA DE HENRY SHUE .....	289
3.3.3 ESQUEMA DE VAN HOOFF .....	292
3.3.4. ESQUEMA DE TARA MELISH .....	293
3.3.5 ESQUEMA DE VÍCTOR ABRAMOVICH Y CHRISTIAN COURTIS.....	295
<b>3.4. EXIGIBILIDAD INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES ....</b>	<b>297</b>
3.4.1 SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.....	298
a) <i>Protección según técnicas de control</i> .....	298
b) <i>Protección según el funcionamiento de las instituciones</i> .....	305
1) Órganos creados directamente por la Carta .....	308
i. Asamblea General .....	308
ii. Consejo Económico y Social (Ecosoc) .....	311
iii. Secretaría de las Naciones Unidas.....	314
2) Órganos autorizados por algún órgano creado directamente por la Carta.....	316
i. Consejo de Derechos Humanos.....	316
ii. Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos..	319
iii. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del PIDESC .....	335
iv. Organización Internacional del Trabajo (OIT) .....	357
v. El Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional .....	375
3.4.2 SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS .....	381
a) <i>Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i> .....	384
b) <i>Corte Interamericana de Derechos Humanos</i> .....	386
<b>3.5. CONCLUSIONES.....</b>	<b>390</b>

<b>CAPÍTULO CUARTO .....</b>	<b>392</b>
<b>4. MECANISMOS NACIONALES DE EXIGIBILIDAD. INTERRELACIÓN DE LA EXIGIBILIDAD POLÍTICA Y LA JURISDICCIONAL .....</b>	<b>392</b>
<b>4.1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>392</b>
<b>4.2 LOS SUTILES LÍMITES ENTRE LA EXIGIBILIDAD POLÍTICA Y LA JURISDICCIONAL.....</b>	<b>393</b>
4.2.1 POSIBLES ESCENARIOS DE RELACIÓN ENTRE LOS PODERES POLÍTICOS Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.....	396
4.2.2 RESPUESTAS JUDICIALES, ACTIVISMO JUDICIAL PROGRESISTA Y SUS LÍMITES .....	411
<b>4.3 EXIGIBILIDAD POLÍTICA Y DEBER DE PROGRESIVIDAD .....</b>	<b>426</b>
<b>4.4. INDICADORES DE DERECHOS HUMANOS .....</b>	<b>435</b>
<b>4.5. EXIGIBILIDAD JURISDICCIONAL DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD MEDIANTE EL TEST DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD .....</b>	<b>450</b>
<b>4.6 DOS POSIBLES MECANISMOS JURISDICCIONALES DE REFORZAMIENTO PARA LA EXIGIBILIDAD POLÍTICA DE DERECHOS SOCIALES EN COLOMBIA .....</b>	<b>466</b>
4.6.1 CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES DE PRESUPUESTO.....	467
a) <i>Generalidades del control constitucional abstracto del presupuesto .....</i>	<i>467</i>
b) <i>Principales materias de control.....</i>	<i>469</i>
c) <i>La justicia dialógica: algunas condiciones con que debe actuar una Corte respetuosa de la división de poderes .....</i>	<i>474</i>
4.6.2 ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO .....	487
<b>4.4 CONCLUSIONES.....</b>	<b>499</b>
<b>5. CONCLUSIONES GENERALES .....</b>	<b>504</b>
<b>ANEXO 1 .....</b>	<b>512</b>
<b>ANEXO 2 .....</b>	<b>515</b>
<b>ANEXO 3 .....</b>	<b>518</b>
<b>ANEXO 4 .....</b>	<b>519</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>521</b>



## **AGRADECIMIENTOS**

Quisiera en este par de líneas agradecer a todas aquellas personas e instituciones cuyo apoyo fue fundamental para concluir esta tesis, de esta forma, millones de gracias a mi director de tesis, Dr. Francisco Javier Ansuátegui, quien con infinita paciencia me apoyó de manera incondicional durante estos años de investigación y escritura. Gracias al Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid por ser mi casa en España; a Colciencias, pues el apoyo financiero de la Beca Caldas fue fundamental para cumplir esta meta; a todas las personas del Área de Derecho y de la biblioteca de la Universidad Andina Simón Bolívar en Ecuador, por su confianza, entusiasmo y consejos, vitales para renovar fuerzas en esta empresa, en especial mil gracias a Eddy De La Guerra por sus mensajes diarios de ánimo, y a Ramiro Ávila por ayudarme a mantener el perfeccionismo paralizante a raya.

Por último, y no por ello menos importante, a mi familia: mi infinita gratitud y amor para mi esposo, quien me acompañó en el diario vivir de escribir esta tesis, me animó a seguir cuando las fuerzas decaían y me dio ejemplo con su actuar; a mi madre y a mi padre, quienes siempre me han acompañado en mis propósitos académicos y profesionales; a mi tía, ejemplo de nobleza y paciencia. Y a todas aquellas personas y amigos que han estado ahí y me han apoyado directa e indirectamente.



## INTRODUCCIÓN GENERAL

La idea que animó la investigación y posterior redacción del presente texto surgió hace ya varios años, luego de observar las penurias que sufren muchas personas en mi país de origen, Colombia, y gracias a la fortuna de poder viajar y estudiar en el exterior me di cuenta que mi intuición no fallaba, algo andaba mal con un sistema que llega a ser tan despiadado con las personas más vulnerables.

Esta corazonada me llevó a explorar terrenos desconocidos para los juristas tales como la política, la filosofía, incluso hasta la economía, y había una constante, alguien disfrazaba la realidad. De esta forma me propuse estudiar los aspectos ideológicos que afectan la exigibilidad de los derechos sociales y el resultado se encuentra en las siguientes páginas y diferentes apartados que componen esta tesis.

Para lograr el objetivo planteado se dividió el documento en cuatro partes las dos primeras más de tipo filosófico, y las dos últimas de corte jurídico. Era necesario revisar en primer lugar las principales teorías sobre la fundamentación de los derechos fundamentales, pues no de otra forma era posible identificar en dónde se *torció* el gran acuerdo que la humanidad construyó en 1948.

El primer capítulo entonces recoge el fruto de dicha revisión, pasando por el análisis de los tradicionales valores fundantes dignidad humana, igualdad, libertad e incluyendo la solidaridad como uno de importancia capital para revitalizar la teoría jurídica en la actualidad, pues es el que permite poner el acento de relacionalidad del ser humano. Posteriormente se revisará la teoría de las necesidades como elemento que posibilita contextualizar el discurso jurídico en la vida de seres humanos de carne y hueso, no como entidades ideales del pensamiento.

Se cierra el primer capítulo con el estudio de la ideología pues es el elemento teórico que permite determinar en dónde y cómo se ubica el pensamiento político en el discurso de los derechos. En dicho apartado se hará un breve recorrido histórico para especificar cuál es la conceptualización más adecuada a los propósitos del presente texto pues, como casi todos los términos de las ciencias sociales, se trata de una palabra polisémica. Adicionalmente se revisarán los alcances de una figura conexas y poco estudiada, la supraideología y se establecerá su relación con la idea de los derechos humanos. Finaliza el capítulo con una revisión sobre el espectro político Derecha-Izquierda, conectándola con las ideas nucleares sobre los valores que fundamentan los

derechos de acuerdo con cada uno de ellos y cómo afectan la realización de los derechos sociales.

El segundo capítulo se ocupa de la fundamentalidad de los derechos sociales pero esta vez desde su concepto. En este apartado se busca mostrar con claridad las diferencias conceptuales entre derecho y garantía, y cómo las confusiones en su uso han afectado la comprensión de su naturaleza jurídica. Se hablará entonces de asuntos como su supuesta vaguedad y contenido indeterminado, el contenido prestacional, su no justiciabilidad y cómo colisionan con verdaderos derechos fundamentales. Es importante aclarar que se trata de asuntos que se van a desvirtuar, pues provienen de comprensiones erróneas sobre la juridicidad de los derechos sociales.

Luego de esto se analizará el término *garantía*, y se hará una revisión minuciosa sobre las tipologías de varios autores para su clasificación. Esto es importante por cuanto no sería posible abordar el tema de la exigibilidad sin estudiar cómo la diferenciación terminológica sí influye en la realidad, en virtud de la presencia de lagunas y cómo se solucionan en el ordenamiento jurídico. De esta forma será posible continuar con el examen del rol de los poderes públicos en la garantía de los derechos sociales para finalizar el capítulo explorando los encuentros y desencuentros ideológicos entre la sociedad civil y los poderes políticos a la hora de hablar de derechos sociales, desde (i) los fallos en las garantías institucionales, en especial visible en el retroceso social, y (ii) los defectos en las de tipo social por la domesticación de los movimientos sociales e instituciones de la sociedad civil en las últimas décadas.

El tercer capítulo gira alrededor de la exigibilidad de los derechos sociales en el plano internacional, por ello inicia con una necesaria precisión entre los términos exigibilidad y justiciabilidad, que siguiendo la línea de capítulos precedentes, aporta más elementos de argumentación a favor de la verdadera naturaleza de derechos de los Desc. Luego se presentará una clasificación de los mecanismos de exigibilidad según sean de tipo jurisdiccional, semi-jurisdiccional y cuasi-contencioso, político o semi-político, se propondrán sus definiciones y se hará hincapié en los límites y dificultad de los de tipo jurisdiccional y político, aunque también se revisarán sus potencialidades. Con esto se aportarán otros elementos teóricos para la defensa de los Desc, tanto en el plano nacional como en el internacional.

Después se mirarán los esquemas de clasificación de las obligaciones estatales a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esto permitirá conectar con

la temática sobre los principales mecanismos de exigibilidad que existen para los Desc en el seno del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos. Se estudiarán por ende las técnicas de control y la protección según el funcionamiento de determinadas instituciones tales como la Asamblea General, el Ecosoc, la Secretaría de Naciones Unidas, el Consejo de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos, y claro está, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también se hablará de la Organización Internacional del Trabajo, del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional, teniendo presente que los mecanismos de estos últimos son más bien débiles y residuales, pero representan un primer esfuerzo por racionalizar su quehacer en clave de derechos.

El capítulo tercero finaliza con el estudio de las entidades que componen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, enfatizando que no solo tienen una función de guarda de derechos a partir de lo contencioso y cuasi-contencioso, sino que su labor en cuanto a la emisión de normas no vinculantes, o *soft law*, también es relevante a la hora de hablar de exigibilidad política.

Por último, en el capítulo cuarto se abordarán los mecanismos nacionales de exigibilidad, presentando cómo se relacionan estrechamente la exigibilidad política y la jurisdiccional. Para ello se empezará por mostrar los posibles escenarios de relación entre los poderes políticos y la justicia constitucional, y luego el abanico de posibles respuestas judiciales para solucionar casos sobre derechos sociales, algunas consideraciones sobre activismo judicial progresista y sus límites, abandonando así las críticas simplistas sobre activismo y usurpación de funciones.

Después se hablará de la exigibilidad política y de su manifestación más relevante, el deber de progresividad, explicando su faceta programática y cómo podría ser posible, bajo ciertas condiciones, reforzarla con garantías secundarias. A continuación se hablará de la metodología de los indicadores de derechos humanos, que sirven para evaluar el nivel de avance, estancamiento o retroceso en derechos sociales en un Estado. Para terminar este apartado se estudiará la exigibilidad jurisdiccional de los Desc desde la prohibición de regresividad, como su muestra más importante; para ello se revisarán las condiciones en que funciona el examen judicial a partir de los test de razonabilidad y proporcionalidad, incluyendo consideraciones sobre el rol del análisis del contenido esencial de los derechos como herramienta de análisis.

La tesis termina con el análisis de dos mecanismos jurisdiccionales del ordenamiento jurídico colombiano que refuerzan la exigibilidad política de los derechos sociales, se trata del control de constitucionalidad del presupuesto y de la acción de cumplimiento. En el primer tema se revisarán aspectos como el funcionamiento del control de constitucionalidad abstracto del presupuesto, las principales materias de control y se estudiará la propuesta de justicia dialógica, incluyendo análisis de ejemplos de casos estructurales de la Corte Constitucional de Colombia que permiten evidenciar con la experiencia cuáles son los mejores resultados a la hora de intervenir en la solución de casos que versen sobre Desc. Finalmente, se cierra el texto con la revisión de la acción de cumplimiento, una figura poco tratada en el mundo académico de los derechos sociales y que no obstante el pesimismo que genera en la academia colombiana por ciertas limitaciones procesales establecidas en las normas que la regulan, puede resultar ser una garantía muy útil para la defensa de la legalidad e institucionalidad y en consecuencia, para los derechos sociales.

Dejo entonces en manos del lector o lectora el fruto de varios años de trabajo, de maduración de ideas, reflexión, pero además de resistencia al pesimismo, porque el panorama mundial no pinta muy bien, pero siempre hay que levantarse, sonreír y seguir pensando que todo puede ser mejor, y actuar en consecuencia.

## CAPÍTULO PRIMERO

### 1. DERECHOS FUNDAMENTALES, FUNDAMENTACIÓN E IDEOLOGÍA

#### 1.1. INTRODUCCIÓN

Es poco usual que al hablar de derechos fundamentales (o de derechos humanos si se los dimensiona desde el Derecho internacional) se mencione el tema de la ideología, pues existe una especie de acuerdo tácito alrededor de aquéllos y de su importancia, por lo que no se admiten *prima facie* discusiones sino acción pura; pero cuando se pone algún matiz, o sí se prefiere un *apellido* a la expresión, por ejemplo derechos sociales, o derechos de nueva generación, pareciera ser que el acuerdo se rompe y su incumplimiento se disfraza; es entonces cuando además de estudiar el fundamento y el concepto de los derechos fundamentales, se debe estudiar el conflicto ideológico que subyace, para poner en evidencia las incoherencias de determinada corriente de pensamiento y de acción política, y para escoger conscientemente el pensamiento propio.

Ahora bien, se debe diferenciar *el uso retórico y demagógico del discurso* de los derechos humanos, del *concepto* de los mismos. En este escrito no se estudiará el primero, que corresponde cuando menos a dos situaciones: la primera, un uso interesado, retórico y populista de aquellos<sup>1</sup>; la segunda, una larga discusión teórica y geopolítica sobre el uso del discurso de derechos humanos con fines imperialistas.

Sobre este último explica Michael Ignatieff,<sup>2</sup> que este fenómeno, por demás complejo, se debe a una suma de factores dentro de los que se encuentran (i) el *excepcionalismo*<sup>3</sup> a las normas de Derecho Internacional de Derechos Humanos por

---

<sup>1</sup> Gregorio PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, Madrid, 1999, p. 22 y ss. El profesor Peces-Barba explicaba que puede hablarse de una “retórica de los derechos humanos, al hacerse desde sectores políticos alejados del ideal moral último que los fundamenta, un uso simplemente semántico de justificación y de legitimación de sistemas no democráticos, lo que evidentemente desorienta.”

En el mismo sentido Luis PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 19. El autor sostiene que la imprecisión con que algunas personas definen y usan el concepto *derechos humanos*, su amplia difusión, y la emotividad del término, probablemente expliquen por qué estos se han convertido en terreno fértil para la demagogia política y la insustancialidad teórica.

<sup>2</sup> Michael IGNATIEFF, “Human Rights as Politics”, en Michael Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2001, p. 3-52.

<sup>3</sup> *Íd.*, p. 14 y ss.

parte de Estados Unidos, que anualmente a través de su Departamento de Estado realiza una revisión del cumplimiento de los derechos humanos en varios países del mundo, pero al mismo tiempo se niega a ratificar varios de los principales instrumentos universales y del sistema Interamericano,<sup>4</sup> por lo que las entidades jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales de dichos sistemas no tienen competencia para conocer de violaciones de derechos humanos en su territorio.

(ii) Los fallos y promesas rotas de las intervenciones humanitarias, v. gr. Haití, Somalia, Irak, Bosnia y Kosovo,<sup>5</sup> pues en este tipo de conflictos internos la intervención de terceros Estados, de la ONU y de otras fuerzas de seguridad, ocurrieron tardíamente, y en muchos casos no supusieron la finalización del conflicto, sino su congelamiento.

Al anterior factor debe sumarse la reacción adversa que genera la aplicación del *cuarto* criterio limitador de las intervenciones humanitarias. A finales de los años 90 del siglo XX emergieron tres criterios limitadores: que (1) las violaciones de derechos humanos en cuestión sean groseras, sistemáticas, y generalizadas; (2) tienen que ser una amenaza a la paz internacional y a la seguridad en la región circundante; y (3) la intervención militar tiene que representar una oportunidad real de ponerle fin a las violaciones.<sup>6</sup>

Estos criterios no suenan irracionales, pero la situación se complicó cuando en la práctica se empezó a utilizar un cuarto criterio: la región en cuestión debe ser de vital interés, por razones culturales, estratégicas, o geopolíticas, para una de las naciones poderosas en el mundo y otra nación poderosa no se opone al ejercicio de la fuerza.<sup>7</sup> He allí el porqué de manera creciente varios países consideren que la idea de derechos humanos es simplemente una herramienta más de Occidente para una nueva campaña imperialista desde el siglo XX, desconociendo el acuerdo amplio que el mundo suscribiera en 1948 y las bondades que la Declaración Universal en sí misma encierra.

Retomando el tema que nos atañe, en este estudio se analizará el segundo tópico, es decir, el *concepto* de los derechos, buscando una aproximación razonada y amplia a

---

<sup>4</sup> Al respecto Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR, *Estado de ratificación de los principales instrumentos Internacionales*, en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4588.pdf?view=1> (20-08-2014).

<sup>5</sup> Michael IGNATIEFF, "Human Rights as Politics", Op. Cit., p. 37.

<sup>6</sup> *Íd.*, p. 40

<sup>7</sup> *Ibíd.* Ver también el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas (Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión).



su discurso, enfocándose en su universalidad como rumbo político en el Estado de Derecho actual. En esta primera parte se analizará puntualmente lo referido a la fundamentación de los derechos, pero en el segundo capítulo se estudiarán los pormenores del concepto.

Se debe indicar que en el presente documento se centrará el análisis de los derechos en un discurso humanista, laico, amplio, y que los conciba de manera integral, es decir, como derechos interrelacionados, interdependientes e indivisibles. Por esta razón, resulta de vital importancia estudiar la forma en que las ideologías políticas han afectado su realización, en especial la de los sociales, por fragmentar en sus discursos la fundamentación de los derechos, o por privilegiar la realización solo de unos valores, o parte de ellos, esto es especialmente visible por ejemplo en partidos políticos de corte libertario.

En el capítulo a continuación se estudiará en primer lugar el tema de la fundamentación de los derechos humanos, revisando algunas propuestas teóricas, para justificar el porqué se escoge en este estudio una basada en valores (dignidad humana, igualdad, solidaridad y libertad), y en las necesidades humanas.

Posteriormente se estudiará el álgido tema de la ideología, revisando su concepto desde sus orígenes históricos, para decantarse por una definición moderna, acorde con el tema en estudio. Una vez concluido el análisis de este tema, será posible analizar el interesante tópico de la superación de los desacuerdos sobre ciertas creencias e ideas para llegar a puntos comunes sobre las mismas, o en otras palabras, las supraideologías. Este último tema es especialmente relevante para los derechos humanos, en la medida que permite entender porque todos estamos de acuerdo en ellos, pero no todos tenemos la misma idea al hablar de ellos.

La supraideología como se verá más adelante, es el puente que permite que corrientes de pensamiento diversas, y hasta enfrentadas, puedan dialogar sobre una base común de lenguaje, aunque sean precisamente otras deficiencias de lenguaje común lo que genere las divergencias en la realización de derechos, es decir, lo que cada grupo entiende por derechos humanos y lo que no.

El análisis de la ideología y la supraideología permitirá además abordar hacia el final del capítulo las diferencias entre la derecha y la izquierda políticas en cuanto a sus

concepciones de los valores fundantes de los derechos fundamentales, pues el último tema del capítulo es el debate político sobre los derechos que se deben o no realizar, teniendo presente que cada corriente política preconiza un conjunto de creencias e ideas que responden a su particular versión del discurso de derechos humanos. Se tendrá presente también el caso del fundamentalismo político, que hoy supone una gran dificultad para el debate democrático y la superación de problemas de realización de derechos sociales (y también de los de nueva generación).

El análisis planteado en el presente capítulo permitirá entonces evidenciar que uno de los más graves problemas de realización de los derechos sociales no es tanto que, *prima facie*, sean derechos progresivos y costosos, sino más bien que de acuerdo con ciertas creencias arraigadas en los grupos políticos dominantes, estos consideran que no son tan siquiera derechos por cuanto no realizan valores que para ellos son fundamentales en su acción política o contradicen algún *statu quo* valioso para su grupo.

Hasta aquí se han utilizado como sinónimas las expresiones *derechos humanos* y *derechos fundamentales*, sin que ello sea técnicamente adecuado, por lo que conviene en este momento clarificar la terminología que se va a utilizar en el presente documento. Advertía el profesor Gregorio Peces-Barba<sup>8</sup> sobre las diversas connotaciones filosóficas de la utilización de estos términos, así, él explicaba que el término derechos humanos puede ser usado para expresar dos cosas diferentes: (1) una pretensión moral fuerte que debe ser atendida para hacer posible una vida humana digna, y, (2) un derecho subjetivo protegido por una norma jurídica.<sup>9</sup>

Esta expresión conserva su herencia iusnaturalista, por lo que al emplearla en lenguaje común se observa que puede aludir a una serie de derechos pre-jurídicos —e

---

<sup>8</sup> Gregorio PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 21 y ss.

<sup>9</sup> Íd. p. 23 y 24. En sentido similar se expresa Rodrigo UPRIMNY, “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad por la violación de los derechos humanos en la Constitución”, en: *La responsabilidad en derechos humanos*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1996. El autor pone de manifiesto la polisemia del término derechos humanos: “(...) éstos tienen, al menos, una triple dimensión: son una categoría ética, puesto que constituyen uno de los marcos más aceptados de lo que podría ser una ética moderna secularizada que regula convivencia pacífica entre los ciudadanos en una democracia. De otro lado, tienen una dimensión política, puesto que hoy muchas reivindicaciones sociales son expresadas en forma de derechos humanos y éstos aparecen como un instrumento de crítica a la actuación de los poderes políticos. Y, finalmente, los derechos humanos son una categoría jurídica del Derecho internacional público, puesto que son valores que han sido positivizados en numerosos instrumentos internacionales, en los cuales se han definido diversos tipos de obligaciones, tanto positivas como negativas, para los Estados.” (subrayado fuera de texto)

inclusive *a-jurídicos*— es decir, que están más allá de dicho plano dada su importancia y valor innato; he allí que se suele conceptualizar con tautologías a la expresión derechos humanos, como derechos que pertenecen al ser humano por ser tal. El profesor Francisco Javier Ansuátegui pone de manifiesto al referirse a la dispersión terminológica, dos objeciones a la utilización del término: (i) la redundancia, pues se está aludiendo al sujeto titular del derecho y, (ii) la vaguedad de lo *humano*, pues ¿Qué define dicha esencia? ¿Cuáles son las características que califican al ser humano? Por estas razones se desaconseja su uso.<sup>10</sup> Adicionalmente, se trata de una expresión con una importante —y en ocasiones peligrosa— carga emotiva.

Por otra parte, se encuentra la expresión *derechos fundamentales*, que tiene una menor carga semántica y es menos común en el lenguaje natural, por lo que su utilización se reduce a ámbitos científicos y técnico-jurídicos.<sup>11</sup> Este término es más adecuado por cuanto alude a la regulación de las “dimensiones principales de la vida humana”<sup>12</sup>; así, los derechos fundamentales serán identificables por dos rasgos: la traducción de valores y principios fundamentales de la vida humana al lenguaje jurídico, y, por encontrarse en los más altos escalones de un ordenamiento jurídico.<sup>13</sup>

Por estas razones, y dada la ambigüedad a que puede conducir el término derechos humanos, resulta preferible utilizar la expresión *derechos fundamentales*, pues así se puede dar cuenta de sus dimensiones jurídica y moral, y también se evita caer en los reduccionismos iusnaturalista y positivista.<sup>14</sup>

En sentido similar se expresa el profesor Antonio Enrique Pérez Luño,<sup>15</sup> cuando indica que pese a su uso común como expresiones sinónimas, *derechos fundamentales* es una categoría reservada para los derechos positivizados a nivel interno, y *derechos humanos* lo es para una doble denominación: “los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como a aquellas exigencias básicas

---

<sup>10</sup> Francisco Javier ANSUÁTEGUI, “Derechos: Cuestiones de Terminología Jurídica”, en *Revista de Derecho Constitucional*, Centro de Jurisprudencia de la Corte Suprema de El Salvador, N° 30, 1999, p. 10 y 11.

<sup>11</sup> Íd. p. 32

<sup>12</sup> Íd. p. 3

<sup>13</sup> Íd. p. 30. Indica el profesor Ansuátegui que no se trata de cualquier tipo de valores, que por ende conduzcan a cualquier tipo de derechos, sino de “aquellos que responden a determinados valores o principios, contruidos a través de un ejercicio histórico-razional, directamente destinados a asegurar el desarrollo de todas las vertientes implícitas en el concepto de dignidad humana.” (p. 30)

<sup>14</sup> Gregorio PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, Op. Cit. p. 37.

<sup>15</sup> Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 44 y ss.

relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico-positivo.”<sup>16</sup>

No puedo concordar por completo con el profesor Pérez Luño, por cuanto no todas las declaraciones y convenciones internacionales son Derecho natural, precisamente existe una larga lista de instrumentos internacionales del sistema universal y de los sistemas regionales de protección de derechos humanos que son Derecho positivo para los Estados que los han ratificado y cuentan con algún tipo de garantía jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional.

En el mismo sentido se expresa el profesor Francisco Javier Ansuátegui, cuando explica que pese a los riesgos de confusión del término derechos humanos, se debe reconocer que existe una amplia aceptación del mismo en el plano internacional y una común comprensión en ámbitos no académicos, por lo que podría usarse pero teniendo siempre presente su sentido de enunciados positivizados.<sup>17</sup>

En ese orden de ideas, cuando en el presente documento se haga referencia al Derecho internacional y a los sistemas de protección, regionales o universal, se utilizará la expresión *derechos humanos*, teniendo en cuenta su sentido de derechos positivizados en el Derecho internacional, pues esta expresión permitirá diferenciar y/o resaltar el ámbito geográfico de la norma jurídica y las entidades en las que se puede ubicar los mecanismos de protección respectivos; *contrario sensu*, en este particular caso se entenderá a los *derechos fundamentales* como aquellos que se circunscriben al ámbito nacional de un Estado, y que por regla general se encuentran en las constituciones o normas básicas.

Lo anterior sin desconocer la opción divergente de algunos autores quienes optan por el término *derechos humanos* debido a que asumen la opción convencionalista y no la esencialista,<sup>18</sup> es decir, usan esta expresión por ser un término tradicional y expresivo.

---

<sup>16</sup> *Ibíd.*

<sup>17</sup> Francisco Javier ANSUÁTEGUI, “Derechos: Cuestiones de Terminología Jurídica”, *Op. Cit.* p. 12.

<sup>18</sup> Por ejemplo María Eugenia RODRÍGUEZ PALOP, *La nueva generación de derechos humanos: origen y justificación*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 160 y Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz, *La razón de los derechos*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 27.

Este último autor indica desde el principio de su obra que opta por la denominación derechos humanos, entendiéndolos como derechos morales.

Explica sobre la cuestión terminológica María del Carmen BARRANCO, *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual.*, IDHBC/Dykinson, Madrid, 1996, p. 79: “es posible una conciliación de los tres términos propuestos sin alejar en exceso el lenguaje técnico del lenguaje natural.

Debo decir que estoy de acuerdo con la utilización de la denominación *derechos humanos* y las razones subyacentes, pero en espacios no académicos y de la vida diaria, y de hecho considero que la emotividad del término, junto con una fundamentación filosófica adecuada puede ser usada como una ventaja para su protección y promoción, sin embargo, el rigor académico exige llamar a las cosas por su nombre.

Por último, la expresión derechos fundamentales se entenderá además en su dimensión de principales o de jurídicamente superiores, y no únicamente en el literal que pueden tener en constituciones políticas como la colombiana o la española, viciadas con la trampa de haber establecido garantías jurisdiccionales plenas solo para un catálogo limitado de derechos fundamentales, lo que no implica que los derechos fuera de ese catálogo no gocen de protección jurisdiccional como se verá más adelante.

Esta técnica jurídica de exclusión ha supuesto a los Tribunales Constitucionales acudir a la fundamentación de los derechos, precisamente para descubrir y defender la verdadera naturaleza de derechos subjetivos de algunos de ellos; tal es el caso de la Corte Constitucional de Colombia con el derecho a la salud, que inicialmente se entendió no era fundamental y solo era posible buscar su protección a través de su conexión con el derecho a la vida; esto ocurrió desde sentencias como: la T-597 de 1993, en la que se estableció que el derecho a la salud no era fundamental, pero podría exigirse a través de acción de tutela cuando su vulneración implicara la violación de un derecho fundamental; posteriormente en la sentencia T-290 de 1994 se establecieron los presupuestos<sup>19</sup> por los cuales el derecho a la salud o a la seguridad social podrían considerarse derechos fundamentales.

Luego, la Corte empezó a considerar que el derecho a la salud no solo debía limitarse a la protección en casos límite, ni su fundamentalidad y carácter autónomo limitarse a sujetos de especial protección (sentencia T-1081 de 2001), sino que tenía que ver también con la protección de la dignidad humana, entendiendo que la vida no se

---

«Derechos morales» serían determinadas exigencias éticas que en el sistema moral aparecen con la estructura de «derechos». Los «derechos humanos» serían un tipo de aquellos derechos morales especialmente vinculados a la idea de dignidad que tienen vocación de juridicidad. Los «derechos fundamentales» constituyen la traslación de los derechos humanos al Ordenamiento jurídico español».

<sup>19</sup> La Corte estableció cuatro presupuestos que en lo sucesivo fueron tenidos en cuenta para resolver casos similares. Estos eran: (1) la conexidad con otro derecho fundamental; (2) entender la prestación como la asistencia pública que debe prestarse ante una calamidad que requiera, de manera grave e inminente la vida humana o la salud; (3) ante casos de extrema necesidad, y (4) que se pueda prestar de acuerdo con las posibilidades reales de protección de que disponga el Estado para el caso concreto.

limita solo a la existencia física; se pueden citar en este sentido las sentencias T-1036 de 2000, la T-171 de 2003, la T-307 de 2006, la T-016 de 2007 y la T-760 de 2008.

En la actualidad la Corte sostiene la fundamentalidad de dicho derecho, aduciendo como lo hace en la sentencia T-940 de 2012 que “la fundamentalidad del derecho no podía depender de la manera como se hacía efectivo, sino de que el constituyente lo hubiese elevado a dicho rango, lo cual, en el caso del derecho a la salud, podía constatarse fácilmente en cuanto derecho propiciador de las condiciones de dignidad necesarias para la existencia humana, razón suficiente para protegerlo directamente en sede de tutela.”<sup>20</sup>

En cuanto al Tribunal Constitucional de España, existe confusión en la terminología usada por la institución, que ha diferenciado entre unos derechos realmente fundamentales y principios dirigidos al legislador, según los derechos se encuentren en el capítulo II o en el capítulo III, ambos del Título I, de la Constitución Española. La fundamentalidad estaría entonces dada por la ubicación de los derechos en los arts. 14 a 38, lo que los haría indisponibles al legislador, o por las garantías jurisdiccionales reforzadas de las que gozan, arts. 14-29 (por ejemplo STC 26/1987, de 27 de febrero de 1987, FJ. 4.a), esto en cuanto a los derechos fundamentales *clásicos* y los derechos sociales.<sup>21</sup>

La situación es aún más confusa cuando el Tribunal entiende que el mandato del art. 81 CE sobre leyes orgánicas de desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas solo atañe a los derechos contenidos en la Sección 1, Capítulo Segundo del Título I de la CE (arts. 15-29), y que no se deriva fundamentalidad del art. 14 del hecho de que tenga garantía jurisdiccional reforzada, STC 76/1983, de 5 de agosto de 1983, FJ 2.

Ahora bien, la falta de rigor no solo afecta a esta categoría de derechos, el Tribunal Constitucional español parece haber incluido otra categoría de derechos no fundamentales pero que gozan de rango constitucional. Este es el caso por ejemplo de la objeción de conciencia, que es entendida no como uno de los posibles desarrollos de la

---

<sup>20</sup> Esta línea jurisprudencia se mantiene vigente, y puede observarse en sentencias como la T-600 de 2013.

<sup>21</sup> Se puede encontrar mayor información sobre el Tribunal Constitucional español y el posible camino de salida de este escollo en: Gerardo PISARELLO; Aniza GARCÍA MORALES y Amaya OLIVAS DÍAZ, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 35 a 78.

libertad ideológica, sino como un derecho constitucional autónomo y por ende diferente de los derechos fundamentales, STC 160/1987, FJ. 3; STC 161/1987, FJ. 2, ambas del 27 de octubre de 1987.

Finalmente, al tocar temas como el de los derechos fundamentales de los extranjeros en España, el TC habla de la fundamentalidad de derechos a partir de cierto núcleo de ellos que son inherentes la dignidad humana, y reconoce como tales por ejemplo el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, a la tutela judicial efectiva y a la asistencia jurídica gratuita, a la libertad y a la seguridad, entre otros; pero reconoce el mismo Tribunal que “todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza, están vinculados a la dignidad humana”, STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007. Se puede observar entonces que el TC no mantiene una línea jurisprudencial clara sobre la fundamentalidad de los derechos.

Visto lo anterior, solo resta reiterar que en el presente documento se optará por la expresión *derechos fundamentales* como regla general para referirse a los derechos que “son expresión de la dignidad humana y cauce para favorecer la realización moral del hombre en la vida social.”<sup>22</sup>, y de manera excepcional se acudirá a la expresión *derechos humanos* cuando se quiera referir explícitamente a las normas positivas del Derecho internacional y a las garantías respectivas de acuerdo con el sistema de protección al que se aluda – universal o regional –. Hecha la precisión conceptual y terminológica correspondiente es posible entrar en la materia que nos ocupa.

## **1.2. SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

El tema de la fundamentación de los derechos fundamentales no supone una novedad temática en trabajos como el presente, sin embargo, se requiere revisar algunas posturas sobre el tema, pues ello permitirá más adelante adoptar una definición consistente del concepto *derechos sociales*. Puede parecer que se realiza un esfuerzo ingente para obtener resultados estériles, pues aún hoy en día no existe acuerdo sobre el fundamento de los derechos, es decir, sobre el “por qué existen los derechos

---

<sup>22</sup> Francisco Javier ANSUÁTEGUI, “Derechos: Cuestiones de Terminología Jurídica”, Op. Cit. p. 30.



fundamentales” o en palabras de Joaquín Rodríguez-Toubes, cuáles son “sus raíces últimas”,<sup>23</sup> pero ello no es así, pues la reflexión filosófica ha demostrado tener un fuerte impacto social<sup>24</sup> y ser un, nada despreciable, motor de cambios.<sup>25</sup>

Visto lo anterior, se tomará como punto de partida el conocido planteamiento de Norberto Bobbio de acuerdo con el cual: “El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de *justificarlos* como el de *protegerlos*. Es un problema no filosófico, sino político”.<sup>26</sup> Al hacer esta aseveración Bobbio parecería restar importancia a la fundamentación de los derechos, pero se debe tener en cuenta que ello ocurre por dos razones: la primera, que en cierta medida consideraba zanjada la discusión por el fundamento de los derechos gracias al catálogo de derechos humanos surgido internacionalmente a mediados del siglo XX (Declaración Universal de Derechos Humanos 1948, Pacto de Derechos Civiles y Políticos 1966, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1966); la segunda, que para él se debe diferenciar el fundamento “de un *derecho que se tiene* o de un *derecho que se debería tener*”.<sup>27</sup>

Bobbio siempre estuvo comprometido con la realización de los derechos, y de hecho las reflexiones filosóficas y de fundamentación abundan en sus trabajos, por lo que se debe concluir luego de leer sus palabras, no que el fundamento no interesa, sino que ahora que existe un consenso más o menos universal sobre el mismo, debemos prestar mayor atención a la protección y realización de los derechos sobre los que nos hemos puesto de acuerdo.

---

<sup>23</sup> Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, *La razón de los derechos*, Op. Cit., p. 34

<sup>24</sup> Para dar un ejemplo no tan lejano a nuestro tiempo, vale la pena mencionar la anécdota de Norberto Bobbio y su libro *Derecha e Izquierda*, en 1994. El profesor Bobbio lanzó su libro en una fecha que coincidía con el proceso electoral de Italia en dicho año, y en pocos días los ejemplares de su obra se agotaron. Según él mismo indica en la introducción para la segunda edición, este hecho lo sorprendió. Agustín Squella narra este suceso en una reseña al mismo libro así: “Bobbio confidencia que un librero turinés, interpelado por él acerca de los motivos por los cuales el libro era buscado por la gente, le hizo saber que los compradores acudían para buscar en la obra de Bobbio al menos una indicación, una sugerencia, sobre la mejor manera de utilizar su voto en las inminentes elecciones.” (Agustín SQUELLA, “Derecha e Izquierda: la igualdad hace la diferencia. Comentario a un libro de Norberto Bobbio”, en *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, N° 6, UC3M – IDHBC, Madrid, 1998, p. 481)

<sup>25</sup> No en vano advierte Isaiah BERLIN, recordando al poeta alemán Heine, que “los conceptos filosóficos engendrados en el sosiego del despacho de un profesor pueden destruir una civilización.” (“Dos conceptos de libertad” en *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza Editorial, Madrid, 2010, p. 45).

<sup>26</sup> Norberto BOBBIO, “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, en *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís, Sistema, Madrid 1991, p. 61.

<sup>27</sup> Íd. p. 53.



No se puede perder de vista que la fundamentación siempre será importante para la protección de los derechos, no solo para su creación o reivindicación; esto es especialmente visible cuando se requiere dotar de contenido a un derecho, tanto en el plano abstracto como en el concreto-individual. Es por ello que autores como Rafael de Asís han indicado que “la atribución de significado a los derechos va a depender claramente de la posición que se mantenga sobre su concepto y fundamentación”.<sup>28</sup>

Para el profesor de Asís, este tema toca directamente con las garantías de los derechos fundamentales y con la interpretación jurídica;<sup>29</sup> en el primer caso, porque dependiendo de la postura asumida puede preferirse unos derechos por sobre otros, esto es lo que suele ocurrir con los de inspiración liberal. En cuanto a la interpretación jurídica indica, que debido a que los derechos fundamentales son criterios de validez material de otras normas jurídicas y del sistema jurídico, su fundamentación repercutirá indirectamente en el sentido y contenido del propio sistema.<sup>30</sup> Adicionalmente, los derechos fundamentales por ser normas básicas materiales no tienen un marco normativo de referencia que limite su interpretación, indica el profesor de Asís, que “(...) el intérprete de los derechos, se encuentra básicamente sin ataduras a la hora de atribuir significado al derecho”<sup>31</sup> y que ello es aún más evidente cuando se trata de órganos de cierre.

Otro grupo de razones a favor de la importancia de la fundamentación de los derechos fundamentales lo da Gregorio Robles,<sup>32</sup> quien por su parte, ha identificado las siguientes: (1) Razón ética. Es absurdo defender unos valores y no saber por qué. (2) Razón lógica. El fundamento delimita el contenido concreto de los derechos fundamentales.<sup>33</sup> (3) Razón teórica. Es inaceptable que un teórico presente teorías sin fundamentarlas. (4) Razón pragmática. Para llevar los derechos fundamentales a la práctica se requiere por lo menos tener las ideas claras.

---

<sup>28</sup> Rafael de ASÍS, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas Nº 17, IDHBC, UC3M, Dykinson, Madrid, 2001, p. 10.

<sup>29</sup> *Íd.* p. 6 y 7

<sup>30</sup> *Íd.* p. 9

<sup>31</sup> *Ibíd.*

<sup>32</sup> Gregorio ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Civitas, Madrid, 1992, p. 12.

<sup>33</sup> Se pueden circunscribir aquí las palabras en el mismo sentido del profesor Francisco Javier Ansuátegui, cuando advierte que la realidad jurídica de los derechos fundamentales adquiere sentido cuando la sustenta un proyecto moral atractivo y justificado. Francisco Javier ANSUÁTEGUI, “Diritti fondamentali e dignità umana”, en *Ragion Pratica*, Nº 38, Giugno, 2012.

A las anteriores razones se pueden añadir las dadas por Joaquín Rodríguez-Toubes,<sup>34</sup> quien explica en primer lugar, que el argumento sobre la inutilidad y los riesgos de debatir sobre el fundamento de los derechos, afecta solo al plano político, no al académico, es decir, que en el campo práctico prima la acción y no tanto la reflexión cuando se trata de articular la actividad política y asistencial en torno a los derechos, pero ello no exime a la academia de su deber filosófico; y en segundo lugar, que la reflexión académica repercute positivamente en el momento político de reconocimiento y protección de derechos, además de influir sobre el ánimo social. Sobre este último punto indica como ejemplo, la influencia de la ilustración en la revolución francesa y el consecuente nacimiento de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

Se puede agregar una razón adicional, pues no se puede perder de vista que la influencia de la academia también recae en la formación profesional de los y las estudiantes de Derecho<sup>35</sup> y de otras profesiones, que a la postre se encargarán del *campo práctico*, de la acción, en lo que toca a los derechos fundamentales y el manejo del Estado.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, *La razón de los derechos*, Op. Cit., p. 94 - 101.

<sup>35</sup> En este sentido, Enrique P. HABA, *Metodología Jurídica Irreverente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales*, IDHBC-Dykinson, Madrid, 2006. El autor indica que parte del conjunto de conocimientos (académicos y no académicos) con los que los jueces fallan los casos incluye en gran parte la enseñanza universitaria recibida (p. 28, 29, 51 y ss.).

<sup>36</sup> Me gustaría indicar sobre este tema el ejemplo de las facultades de economía de varias universidades alrededor del mundo, en las que la enseñanza deja de lado la temática de derechos fundamentales o se toca de manera muy marginal. Para ejemplificar este punto, remito a quienes lean estas páginas al Anexo 1, en donde se recoge un ejercicio de comparación de los pensum de Economía de las tres principales universidades en el mundo y las tres primeras en España.

Para tal fin se ingresó a las páginas web de dichas facultades para revisar sus programas, y cuando fue posible, por estar accesible, se revisó el syllabus de algunas materias que guardan relación con temas públicos (presupuestos, políticas públicas, etc.) y derechos fundamentales. Se observó que en ocasiones la enseñanza en derecho para economistas se limita al derecho privado, y de esta forma se sesga hacia el valor libertad (especialmente de empresa), y algunos derechos individuales.

En algunos casos temas tan importantes como el medio ambiente, el género, la pobreza, etc., se analizan únicamente desde la perspectiva económica, como es natural en una facultad de este tipo, pero realizar el análisis de temas tan complejos y sensibles a través de fórmulas matemáticas y análisis de costos y beneficios no es adecuado, es más bien una manera poco integral de enseñanza. Se debe tener en cuenta que pese a que las personas que estudian economía obtienen la mayoría de su formación del pensum de su facultad, tienen la posibilidad de asistir a clases de otras facultades, v. gr. las de derecho, sin embargo, ello tampoco garantiza que su formación sea más integral en cuanto al tema de los derechos fundamentales y los derechos humanos.

Vale la pena agregar sobre este punto lo dicho por Michael J. SANDEL, *Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado*, Debate, Madrid, 2013. En este libro el autor analiza cómo el mercado se ha convertido en el mecanismo de redistribución más usado (otros según él serían las filas, los méritos, las necesidades y el sorteo o por azar – p.48), sin que ello sea adecuado por cuanto existen cosas

Se puede pensar que el debate sobre la fundamentación de los derechos fundamentales no tiene aplicación en lo absoluto en nuestros tiempos, pero como se verá más adelante, ejerce un rol determinante en la formación y desenvolvimiento de las ideologías, en especial las políticas, siendo este un factor que a la larga determina la forma en que se protegen o desprotegen determinados derechos de las personas.

Para finalizar este punto, no sobra advertir el riesgo de ambivalencia sobre la reflexión filosófica de la fundamentación de los derechos, pues puede ocurrir que existan filósofos escépticos o que lleven a negar los derechos fundamentales, tal como ocurrió por ejemplo con Marx, quien desconfiaba de la categoría por su origen burgués y porque los consideraba parte del Derecho, por ende parte de la estructura de dominación de clases.

### **1.3. TIPOS DE FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Existe un variopinto espectro de posturas para fundamentar –o no– los derechos fundamentales, y es una constante en la mayoría de trabajos sobre este tema. Para no perder el rumbo del presente escrito, ni ahogarse en el océano de literatura disponible, considero un buen punto de partida aprovechar el enjundioso trabajo de Joaquín Rodríguez-Toubes en su libro *La razón de los derechos*.<sup>37</sup> El autor intenta en esta obra realizar una clasificación omnicomprendensiva de los principales puntos de vista sobre cuál es la fundamentación de los derechos fundamentales.

De esta forma, expone que existe una postura negativa a la fundamentación y otra positiva. La primera, porque existen posturas que (i) niegan que exista un

---

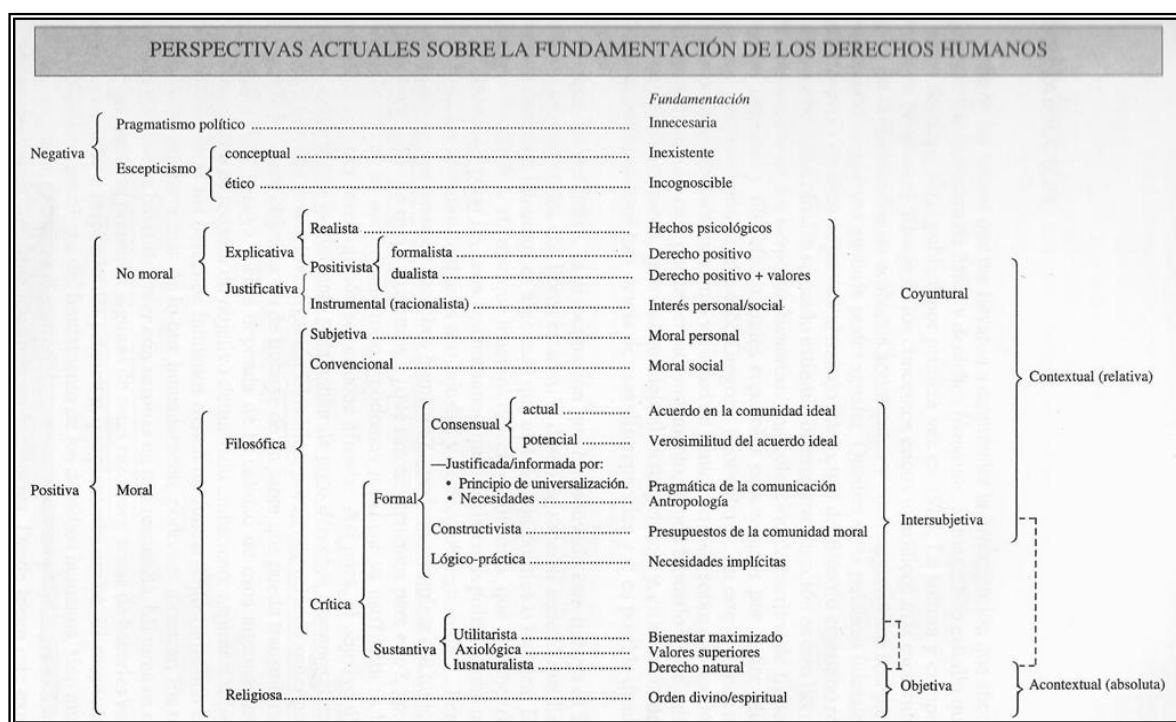
que no deberían poderse corromper, es decir, disminuir su valor al dejarlas entrar en la lógica del mercado. Sandel plantea que se trata de un asunto que debería someterse al escrutinio público, y no simplemente dejar que los mercados invadan más y más esferas de nuestras vidas. Él señala que esto puede explicarse en parte por el cambio en el objeto de estudio que sufrió la Ciencia Económica desde los años setenta del siglo XX, a partir de las tesis de Gary Becker en *The Economic Approach to Human Behavior*. Explica Sandel: “Este autor rechaza la noción anticuada de que la ciencia económica es el estudio de la distribución de bienes materiales. La persistencia de la óptica tradicional se debe, especula él, a la reluctancia a someter ciertos tipos de comportamiento humano al “frío” cálculo de la ciencia económica. Becker trata de arrancarnos de esta reluctancia. Según Becker, la gente actúa para maximizar su bienestar, cualquiera que sea la actividad que desarrolle. Este principio, aplicado resueltamente a todos los casos, constituye el núcleo del enfoque económico del comportamiento humano. El enfoque económico se aplica cualesquiera que sean los bienes en cuestión.” (p. 54 y 55)

<sup>37</sup> Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑOZ, *La razón de los derechos*, Op. Cit.

fundamento absoluto, o (ii) que este pueda llegar conocerse, e inclusive, (iii) porque lo consideran innecesario. Dentro de la postura positiva identifica varias corrientes de pensamiento, que ha dividido en dos grandes grupos: las no morales y las morales.

Para facilitar su exposición, Rodríguez-Toubes anexa al inicio de su obra un esquema gráfico en el que presenta un panorama global de lo que él considera el grupo de perspectivas actuales sobre la fundamentación de los derechos humanos (sic), y que se reproduce a continuación, claro está, sin ánimo de resumir su libro. Posteriormente, se realizará una breve explicación de cada ítem, para luego centrarse en la perspectiva que considero adecuada para fundamentar los derechos fundamentales.

Ilustración 1  
Perspectivas sobre la fundamentación de derechos



Fuente: Joaquín Rodríguez-Toubes<sup>38</sup>

### 1.3.1. Perspectiva negativa

Dentro de la perspectiva *Negativa* a la fundamentación se ubican (1) el pragmatismo político, que niega la fundamentación por considerarla innecesaria, y (2) el

<sup>38</sup> Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, *La razón de los derechos*, Op. Cit., p. 9.

escepticismo, con sus dos vertientes: la conceptual, que niega la existencia misma de la fundamentación, y la ética, que niega la posibilidad de conocer la moral ideal que sirve de fundamento a los derechos fundamentales.<sup>39</sup>

Se debe hacer una aclaración, pues no necesariamente debe entenderse negativo en el sentido de hostil, pues dentro del pragmatismo político se podría insertar la postura de Norberto Bobbio, que fue expuesta antes brevemente, y de acuerdo con la cual, existe un consenso más o menos universal sobre los derechos fundamentales, por lo que no haría falta detenerse en buscar una fundamentación absoluta, sino en la realizarlos. La preocupación del profesor Bobbio por los derechos, a raíz de la proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se conduce al terreno práctico, pues él no niega en ningún momento la relevancia de la fundamentación, sino que se preocupa más por abordar los aspectos prácticos, ahora que la humanidad está de acuerdo.<sup>40</sup>

Ahora bien, en la perspectiva negativa se encuentran otro tipo de posturas, como el escepticismo ético, dentro del que se podría ubicar a Enrique P. Haba,<sup>41</sup> quien considera que la fundamentación de los derechos humanos no es una cuestión relevante ni en el terreno práctico ni en el teórico; en el práctico, porque en el ejercicio de los derechos la pregunta no suele plantearse, y los debates académico-celestiales –como él los denomina– a la larga no tienen relevancia práctica. En el terreno teórico, porque (i) considera que es una cuestión empírica que corresponde investigar a ciencias como la psicología, la sociología, la politología, o la antropología, y aún en ese caso tampoco lo considera necesario o habitual, y (ii) porque en todo caso se trataría de una fundamentación metafísica, solo reconocible mediante la fe, lo que redirecciona a órdenes de pensamiento teológico o cuasiteológico, y que por ende, escapa a la razón laica.

---

<sup>39</sup> En similar sentido se expresa Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, p. 134 a 139, cuando explica que para las posturas *realistas* la cuestión de la fundamentación resulta superficial, y para los *positivistas (no cognoscitivistas)*, es un asunto inútil por su irresolubilidad.

<sup>40</sup> Norberto BOBBIO, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en *El tiempo de los derechos*, Op. Cit., p. 64.

<sup>41</sup> Enrique P. HABA, “El asunto del «fundamento» para los derechos humanos: ¡Pseudoproblema! (O bien, cuestión de unas elucidaciones cuasiteológicas)”, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 27, Alicante, Universidad de Alicante, 2004, p. 429-435.

Teniendo presente que la generalidad de los planteamientos de Enrique P. Haba, orbitan alrededor del postulado de que el Derecho no es una ciencia,<sup>42</sup> se entiende su escepticismo, sin embargo, este punto de vista es bastante miope, pues aunque esté construido con fundamento en la metodología del conocimiento, el autor peca por no aportar una perspectiva sustancial precisamente desde las ciencias sociales que él reconoce como verdaderas ciencias, y que dé cuenta del fenómeno ideológico en el terreno práctico –el de la realización de los derechos fundamentales–, es decir, la formación de las decisiones políticas a partir de un cierto conjunto de creencias y modelos de pensamiento, que afectan o favorecen el desarrollo de los derechos.

Otro autor que puede incluirse dentro de esta perspectiva es Javier Muguerza, quien formuló la tesis de la *alternativa del disenso*<sup>43</sup>, como teoría de no fundamentación o fundamentación negativa, en la medida que no se puede dejar la fundamentación solo a los valores consensuados socialmente, porque ello implica excluir los puntos de vista disidentes, lo que supondría ir en contra del principio democrático.

---

<sup>42</sup> Al respecto Enrique P. Haba, *Metodología Jurídica Irreverente*, Op. Cit. La postura del autor es un poco confusa y en ocasiones contradictoria, pues a veces se refiere al derecho como conjunto de técnicas (p. 40), como no ciencia, ni siquiera como una débil, pues está inclusive por debajo de aquellas (p. 45), pero luego lo ubica como ciencia débil o en sentido amplio, al parecer a regañadientes (p. 146, 159). El autor explica la importancia del método para clasificar una ciencia como dura o blanda, en especial por la fuerte o débil intersubjetividad conceptual compartida de quienes conformen el gremio científico y el control de la misma (p. 110 y ss.), pero luego critica el aferrarse fieramente a un método (lo que él denomina Metodología positivo-estandarizante, típica de las ciencias duras, p. 124-126), por lo que prefiere la alternativa de «pensar» por ideas a tener en cuenta (Metodología negativo-heurística p. 126-133) para las ciencias sociales.

Finalmente, en un intento por desenredar su postura, el autor indica que no existe una Ciencia del Derecho, sino varias Ciencias del Derecho, dentro de las que se encuentran la Historia del Derecho, el Derecho Comparado, la Teoría General del Derecho, la Antropología Jurídica, la Psicología Jurídica, el Análisis Económico del Derecho, la Sociología Jurídica, la Informática Jurídica, y otros (p. 143), y deja entrever que la dogmática jurídica no es para él una de estas ciencias. También, sostiene que existen dos niveles ciencia jurídica, el primero referido al razonamiento de los juristas prácticos (dogmática), el segundo, relacionado con la *reflexión* sobre discursos del primer nivel (p. 157), explicando que el primero sería a lo sumo apenas una ciencia en sentido amplísimo (p.163), mientras que frente al segundo nivel no toma postura, sino que esboza que podría ser ciencia en sentido amplio, si algunos estudios de este nivel logran elaborar unos “diseños teóricos algo menos lábiles para aplicar el derecho” (p.162).

Otras obras del autor que pueden consultarse y que hacen parte de trabajos previos compilados en la obra aquí citada: “Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa *práctica* al discurso normativista de los jueces)” en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 25, Alicante, Universidad de Alicante, 2002, p. 503-531. También “¿Puede el jurista discurrir como un científico social? (Posibilidades e imposibilidades del derecho como «ciencia» social)” en *Revista de Ciencias Sociales*, N° 113-114, 2006 (III-IV), Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2006, p. 37-54.

<sup>43</sup> Javier MUGUERZA, “La alternativa del disenso”, en Javier Muguerza, et. al., *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p. 19-56.

Javier Muguerza explica su punto de vista tomando como punto de partida los tres modos capitales de fundar los valores que sustentan los derechos humanos, expuestos por Norberto Bobbio: (1) deducirlos de un dato objetivo constante, como por ejemplo la naturaleza humana; (2) considerar los valores en cuestión como verdades evidentes por sí mismas; (3) hacer descansar dichos valores en el consenso, por lo que un valor se hallará más fundado cuanto más compartido sea,<sup>44</sup> o en palabras de Bobbio: “descubrir que en un determinado período histórico son generalmente consensuados”.<sup>45</sup> El primer y segundo modo adolecen de vaguedad e incertidumbre, pues naturaleza humana no es un concepto unívoco ni ha permanecido inmutable a lo largo de la historia, y las verdades evidentes de siglos anteriores ahora no lo son (p.e. la tortura como mecanismo procesal).<sup>46</sup>

De este modo, la única forma confiable y racional que queda para justificar unos valores es el consenso que exista sobre ellos, indica el profesor Bobbio que con este argumento se sustituye la imposible o al menos incierta, prueba de la objetividad, por la de la intersubjetividad, y que se logra así un fundamento histórico y contextual, que a la larga, es el único que puede ser probado factualmente.<sup>47</sup> Para Bobbio, la máxima expresión de este consenso es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Javier Muguerza continúa su explicación indicando que dicho consenso no es tan universal como indica Bobbio, y que de hecho podría responder más que a un consenso a un compromiso estratégico de las partes interesadas, por lo que la facticidad de tales acuerdos no sería por sí sola garantía de su racionalidad.<sup>48</sup> Adicionalmente, explica que esta *teoría del consenso* está incompleta, por cuanto la aceptación libre de unos preceptos es condición necesaria pero no suficiente para la validez moral de las normas; en sus palabras: “Si nuestras convenciones pueden servir lo mismo para avalar normas injustas que normas justas, lo mismo servirán para fundamentar derechos humanos que derechos inhumanos, de donde se desprende que tales convenciones *no nos sirven* para nuestros propósitos.”<sup>49</sup>

---

<sup>44</sup> Íd. p. 31-32.

<sup>45</sup> Norberto BOBBIO, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, Op. Cit., p. 64-66.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> Javier MUGUERZA, “La alternativa del disenso”, Op. Cit., p. 32-34.

<sup>49</sup> Íd. p. 35.



Entonces, renunciando Javier Muguerza a la posibilidad de encontrar en el consenso la fundamentación de los derechos humanos –sin negar la importancia del mismo para la democracia–, propone acudir al *imperativo de la disidencia* en busca del fundamento. Explica él: “–a diferencia del principio de universalización, desde el que se pretendía fundamentar la adhesión a valores como la dignidad, la libertad o la igualdad–, lo que ese imperativo habría de fundamentar es más bien la posibilidad de decir «no» a situaciones en las que prevalecen la indignidad, la falta de libertad o la desigualdad.”<sup>50</sup> De esta forma, para él la fundamentación de los derechos puede encontrarse en “el disenso de individuos o grupos de individuos respecto de un consenso antecedente –de ordinario plasmado en la legislación vigente– que les negaba de un modo u otro su pretendida condición de sujetos de tales derechos.”<sup>51</sup> Esta es, en líneas generales, para Javier Muguerza la alternativa del disenso, una alternativa de fundamentación que no se encuentra en el consenso sobre unos valores, sino en la respuesta disidente de individuos y grupos de personas a situaciones o estados de cosas intolerables en términos de derechos fundamentales.

Ahora bien, no puedo coincidir por completo con la tesis de Javier Muguerza pues por una parte, da lugar a pensar que una fundamentación basada en valores superiores es imposible e inexistente, y todo intento de buscarla sería inocuo, por cuanto se ubica en la génesis misma de los derechos fundamentales, de suerte tal que estaría en constante cambio, pues *la disidencia* se renueva a sí misma día a día, piénsese por ejemplo en los relativamente recientes movimientos *occupy* y de indignados. Pienso que Muguerza confunde el fundamento de los derechos, con un fenómeno sociológico por el cual nuevas pretensiones morales buscan ser positivizadas, y las que ya lo están, buscan ser realizadas.

Por esta razón coincido en la aclaración que hace Eusebio Fernández a Muguerza,<sup>52</sup> en cuanto esta tesis no está relacionada con la fundamentación, sino que es un intento de explicar la génesis de los derechos, desde el diálogo de posturas opuestas sobre las pretensiones, necesidades, exigencias y reivindicaciones que deberían llegar a

---

<sup>50</sup> Íd. p. 43.

<sup>51</sup> Íd. p. 44.

<sup>52</sup> Eusebio FERNÁNDEZ, “Acotaciones de un supuesto iusnaturalista a las hipótesis de Javier Muguerza sobre la fundamentación ética de los derechos humanos”, en Javier Muguerza, et. al., *El fundamento de los derechos humanos*, Op. Cit., p. 161.



convertirse en derechos jurídicos, a través del consenso racional e intersubjetivo.

En el mismo sentido se pronuncia el profesor Ansuátegui cuando sostiene:

“Para que las posturas disidentes frente al status quo cristalicen y se generalicen, pudiendo originar una serie de valores relacionados con los derechos humanos, hace falta su común aceptación entre los disidentes. Se puede hablar, entonces, de un “consenso en el disenso” o de un “disenso consensuado”. De esta manera, el arranque histórico de los derechos humanos se producirá a partir de un disenso generalizado (esto es, consensuado) respecto a tres situaciones características del Estado absoluto: intolerancia, carácter absoluto del poder, carácter inhumano del Derecho penal y procesal.”<sup>53</sup>

Por último, no puedo coincidir con Javier Muguerza, por una razón de sentido práctico: los tribunales constitucionales, y los(as) jueces(as) en general, se ven en la necesidad de acudir a la fundamentación de los derechos para poder contextualizar los derechos fundamentales y encontrar una respuesta razonable a los casos que se les plantean diariamente,<sup>54</sup> en especial los referidos a acciones de tutela o recursos de amparo, por lo que relegar completamente del panorama jurídico este tema no resulta a la larga en una postura con mucho asidero.

### 1.3.2. Perspectiva positiva

Por otra parte se encuentran el conjunto de perspectivas *positivas* de fundamentación, pero estas se dividen según acepten que aquella se encuentra o no en la moral, entendiendo por esta: “aquella que hace referencia a una moral ideal o crítica, y no a una moral convencional (“positiva”) o subjetiva”.<sup>55</sup> Pese a lo anterior, Rodríguez-Toubes esquematiza las perspectivas de fundamentación añadiendo la variable de si la fundamentación es *relativa* o *absoluta* [véase la parte derecha del esquema en la Fig. N° 1], concluyendo que sólo un tipo de fundamentación moral (la religiosa como se verá adelante) considera que el fundamento de los derechos es absoluto y acontextual.

---

<sup>53</sup> Francisco Javier ANSUÁTEGUI, “Derechos: Cuestiones de Terminología Jurídica”, Op. Cit., p. 23.

<sup>54</sup> A guisa de ejemplo, ver las sentencias de la Corte Constitucional citadas en la página 7 del presente documento, que versaban sobre casos en los que era necesario determinar si brindar determinados tratamientos odontológicos que estaban por fuera del Plan Obligatorio de Salud era parte o no del derecho a la salud y a la vida, en condiciones de dignidad.

<sup>55</sup> Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES, *La razón de los derechos*, Op. Cit. p. 123.

Se debe tener entonces cuidado con el texto de Rodríguez-Toubes, pues incurre en error al plantear que las perspectivas de fundamentación positivas apuntan a la moral crítica, cuando es todo lo contrario, lo hacen a la moral positiva. De hecho él mismo advierte desde las primeras páginas de su obra la imposibilidad de alcanzar una fundamentación racional absoluta.

Ahora bien, una vez aclarado este punto, es posible entrar a explicar el grupo de perspectivas positivas *no morales*. Dentro de este se encuentran a la vez dos divisiones: (a) una postura *explicativa*, dentro de la que se ubican (i) el realismo empirista, que asume los derechos humanos como derechos aceptados de facto, hallándose entonces el fundamento en hechos psicológicos y, (ii) el positivismo, que los concibe como aquellos que son válidos en un sistema jurídico; y (b) una *justificativa*, en la que se encuentra el racionalismo instrumental, que vincula la fundamentación con los fines o intereses protegidos (personales o colectivos).

El positivismo a su vez asume dos vertientes, según se acepte la posibilidad de que la moral apareje o no al fundamento en el Derecho positivo: la formalista y la dualista. La formalista no acepta a la moral como fundamento, pues entiende que existe una tajante separación entre Derecho y moral. La perspectiva dualista sostiene que existe en cambio, una distinción entre Derecho y moral,<sup>56</sup> por ello entiende que la fundamentación se ubica en la moral, pero se requiere de la positivización, para que las pretensiones morales adquieran entidad jurídica.

Esto la acerca entonces a las fundamentaciones morales, por lo que no estoy de acuerdo en que haya sido incluida en esta categoría de clasificación por Rodríguez-Toubes, cuando se ajusta mejor a las características de una fundamentación moral, que reconoce la importancia de la positivización para que los derechos morales pasen a formar parte de los ordenamientos jurídicos. La perspectiva *positivista dualista* puede ser catalogada sin lugar a dudas como una de las mayormente compartidas en el mundo académico, pues pone de manifiesto que los derechos fundamentales son una categoría compleja, que debe abordarse de manera conjunta desde el derecho y la moral.

---

<sup>56</sup> Gregorio PECES-BARBA, “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”, en Gregorio Peces-Barba, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, p. 230.

Esta postura es la defendida por autores como Gregorio Peces-Barba y Rafael de Asís,<sup>57</sup> quienes explican que los derechos fundamentales tienen una faceta jurídica y otra moral, constituida por ciertos valores subyacentes. Mientras que para el profesor de Asís estos serían la dignidad, libertad e igualdad,<sup>58</sup> para el profesor Peces-Barba sería un conjunto más complejo, pues identifica los derechos fundamentales como: “Una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica, y construida por la reflexión racional en la historia del mundo moderno, con las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática y socialista.”<sup>59</sup>

La teoría del dualismo se sitúa mejor en el campo del *concepto* de derechos fundamentales, pues la faceta jurídica en estricto sentido, no hace parte de la fundamentación moral de los derechos, pero ésta junto con la faceta moral conformarán dicho concepto de los derechos fundamentales, por lo que resultaba pertinente desde ya adelantar algunas consideraciones al respecto.

En sus últimos trabajos, el profesor Gregorio Peces-Barba amplió el espectro del fundamento y concepto de los derechos fundamentales a través de su *visión integral de los derechos*, por lo que agregó a los elementos moral y jurídico de la teoría dualista, un tercer<sup>60</sup> componente: la eficacia, entendiendo por esta, la posibilidad o imposibilidad de

---

<sup>57</sup> Gregorio PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, Madrid, 1999, Op. Cit. p. 108. Rafael de Asís, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Op. Cit. p. 11 y 12. Sostiene Rafael de Asís que en los primeros trabajos del profesor Peces-Barba, explícitamente aludía al dualismo, mientras que en sus últimos trabajos varía su teoría hacia el modelo trialista o tridimensional (sic), entendiendo por este que los derechos fundamentales comparten una triple naturaleza: son pretensiones morales que han sido juridificadas, y lo han sido por cuanto su realización es viable. Sobre este punto se hablará más adelante, pero sea dicho desde ya, que el trialismo del profesor Peces-Barba no es una tesis que hace que los derechos fundamentales cambien su cauce en tal magnitud que dejen de poderse considerar dentro de una perspectiva de fundamentación moral, pues el tercer elemento es de naturaleza racional, al igual que el derecho, y las pretensiones morales siguen ahí.

<sup>58</sup> Rafael de Asís, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Op. Cit., p. 13

<sup>59</sup> Gregorio PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, Op. Cit. p. 109.

<sup>60</sup> Por esta razón Rafael de ASÍS en su obra *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Op. Cit., p. 12 y 19, incluye al profesor Peces-Barba en un modelo trialista o tridimensional. No comparto esta posición pues puede conducir a confusión con la tesis tridimensional del derecho acuñada en 1953 por el profesor brasileiro Miguel REALE, *Teoria tridimensional do direito*, Saraiva, Sao Paulo, 1968, versión en castellano *Teoría tridimensional del derecho: una visión integral del derecho*, Tecnos, Madrid, 1997. El profesor Reale planteaba que la naturaleza del Derecho está constituida por tres dimensiones inseparables, y que intentar explicarlo desde solo una de ellas es inadecuado y de alguna forma, un esfuerzo incompleto por su reduccionismo. De este modo, él entiende que existe una

satisfacción y garantía de un derecho. Explicaba el profesor:

“La teoría dualista, tal como la formulé en el capítulo primero de mi libro *Derechos Fundamentales*, que como he dicho, considero hoy incompleto y superado, acabaría en este análisis. Sin embargo, hoy la experiencia la reflexión me han llevado a completarla, extendiendo la positivación a las dimensiones de la eficacia, es decir, al análisis de la realidad, con lo que supone de obstáculos o impedimentos para la implantación real de las pretensiones morales convertidas en Derecho de los derechos humanos. La justicia y la validez necesitan de la eficacia. Es principalmente el tema de la escasez, que repercute en la posibilidad de un contenido igualitario de los derechos y consiguientemente, más en su justicia que en su validez. La escasez afecta a la posibilidad de considerar a la pretensión moral de que se trate como generalizable, es decir, como convertible en ley general.”<sup>61</sup>

El profesor Peces-Barba entiende la escasez en términos de *reparto de bienes para todos*, y la explica en dos sentidos, uno fuerte, cuando se trata de “bienes que no pueden en ningún caso repartirse, porque ese reparto nunca alcanza para todos. La suma total de esos bienes no se puede dividir para que todos puedan participar de alguna manera en ella.”<sup>62</sup> El otro sentido, uno más amplio, y al que él no se refiere, está relacionado con la función promocional del Estado y el suministro de ciertos bienes y servicios vitales, cuya repartición no puede dejarse librada sólo al mercado, en sus palabras: “para repartir una escasez, que los particulares, titulares de los derechos, no podrían alcanzar con la Ley del mercado.”<sup>63</sup>

El profesor indica que la escasez que impide la existencia de un derecho fundamental es la primera, es decir, la que se relaciona con bienes que no son universalizables en su disfrute; por esta razón él indica que los derechos de propiedad y

---

“concreta correlación dialéctica de hecho, valor y norma, en todos los campos del conocimiento jurídico [Sociología Jurídica, Filosofía del Derecho y Ciencia del Derecho]” (*Teoría tridimensional del derecho: una visión integral del derecho*, p. 143 y pp. 37 y 75). Se evidencian coincidencias entre el modelo tridimensional del profesor Reale y los planteamientos del profesor Peces-Barba, pues ambos ponen de manifiesto aspectos relacionados con la vigencia, la eficacia y el fundamento, del Derecho el primero, y de los derechos fundamentales el segundo, pero no por ello se puede decir que se trate de la misma teoría, por cuanto los planteamientos del profesor Reale van dirigidos a explicar el Derecho mismo y no a constituir una teoría de los derechos fundamentales específicamente, mientras por el contrario, los estudios del profesor Peces-Barba se dirigían a conclusiones más específicas, en especial con relación a dos derechos específicos –trabajo y propiedad– como se verá más adelante. Además, cada uno de los autores entiende cosas diferentes por el término eficacia, Reale lo entiende con relación a lo factual, al Derecho como hecho (como labor de la sociología jurídica), mientras que Peces-Barba lo explica en términos de escasez, y cómo esta condiciona la positivización de ciertos contenidos morales.

<sup>61</sup> Gregorio PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, Op. Cit. p. 108.

<sup>62</sup> *Ibíd.*

<sup>63</sup> *Ibíd.*

al trabajo no serían derechos fundamentales, pues existe escasez en las condiciones de realización, es decir, no existen condiciones para su eficacia.

El profesor Peces-Barba desarrolló esta concepción de manera más detallada en su artículo “Escasez y derechos humanos”<sup>64</sup>. Allí explica que el problema de la eficacia se relaciona con la carencia que impide que todos sean titulares, pues entiende que algunos derechos reposan en la existencia de bienes, y en tanto su contenido igualitario sea imposible de satisfacer (es decir, hacer accesible a todos), se estaría frente a un derecho subjetivo, pero no ante un derecho fundamental, en cualquiera de sus formas: derecho subjetivo, libertad, potestad e inmunidad.<sup>65</sup>

Al analizar los contenidos del derecho a la propiedad privada y al trabajo, entendiendo este último únicamente como el derecho a obtener un puesto de trabajo, él llega a la conclusión de que no existen razones de validez, ni de eficacia que permitan sostener que estos derechos sean fundamentales.<sup>66</sup> En sus palabras: “Así una pretensión moral (justicia), a mi juicio, para ser plenamente un derecho fundamental, tiene que ser susceptible de incorporarse a las categorías técnicas del Derecho positivo, derecho subjetivo, libertad, potestad, o inmunidad (validez) y ser posible en la realidad (eficacia).”<sup>67</sup>

El profesor Francisco Javier Ansuátegui<sup>68</sup> pone de manifiesto un par de aspectos que deben tenerse presentes frente a esta propuesta del profesor Peces-Barba. En primer lugar, que no toda restricción al derecho de libre empresa y a los mecanismos de economía de mercado es *per se* negativa, y es posible establecerla en beneficio de un derecho fundamental, como es el caso del derecho al trabajo. Otra observación que se hace, es que no debe olvidarse la función utópica y liberadora de los derechos, así entonces, se debe considerar cuidadosamente los efectos de una propuesta como la anterior, en términos de si los derechos seguirían cumpliendo su función emancipadora.

---

<sup>64</sup> Gregorio PECES-BARBA, “Escasez y derechos humanos” en José M<sup>a</sup> Sauca (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid - Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, p. 193-213.

<sup>65</sup> Íd. p. 210.

<sup>66</sup> Íd. p. 211 a 213.

<sup>67</sup> Íd. p. 211.

<sup>68</sup> Francisco Javier ANSUÁTEGUI, “Algunas reflexiones sobre la visión integral de los derechos. Comentario del libro de Gregorio Peces-Barba «Curso de derechos fundamentales (I, Teoría General)»” en *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, N<sup>o</sup> 2, UC3M – IDHBC - BOE, Madrid, 1993-1994, p. 657-670.

Por último, el profesor Ansuátegui plantea un par de preguntas que bien pueden resumir la cuestión: ¿puede la realización de la moralidad estar dependiente de la realidad social?, ¿acaso una de las finalidades de la afirmación jurídica de las pretensiones morales no es hacer evolucionar y transformar las situaciones sociales? El profesor Ansuátegui se inclina entonces por la reafirmación de la primacía de las pretensiones morales: “las estructuras jurídicas han de estar más pendientes de la realidad moral que de la realidad económica.”<sup>69</sup>

Si bien resulta interesante que el profesor Peces-Barba plantease esta característica, se debe poner de manifiesto que la eficacia, entendida como posibilidad de realización a futuro, no es un elemento que pertenezca ni a la fundamentación ni al concepto de los derechos fundamentales, pues se trata más bien de un problema de *garantías* necesarias para llevar a buen puerto los derechos, tema que se verá más adelante. Por otra parte, supeditar los derechos fundamentales a su posibilidad de realización o a criterios como la escasez es criticable porque justificaría su eterna postergación, ya que siempre se viven tiempos y circunstancias de insuficiencia, y por ende, sería una excusa a la acción política.

Una cuestión que no debe olvidarse, es que las normas jurídicas pueden asumir formas imperfectas, pero no por ello, dejan de ser normas positivas. Es el caso típico del derecho al trabajo, que suele protegerse en normas constitucionales en forma de principios jurídicos, que deben orientar la acción del Estado y fundamentar las relaciones contractuales entre particulares. Es cierto que este derecho involucra una cierta imposibilidad de universalización en su disfrute, en tanto se trata de un bien cuya titularidad no corresponde al Estado, pero esto es diferente de la universalización en su protección, pues no solo se debe entender el derecho al trabajo de manera restringida como *derecho al empleo*, sino que se trata de un derecho con un contenido más extenso (del cual se hablará en capítulos posteriores), y que bien puede protegerse con medidas tan sencillas como la prohibición de la expropiación de las herramientas de trabajo de las personas, como con el estímulo a ciertas actividades como el emprendimiento<sup>70</sup> y la

---

<sup>69</sup> Íd. p. 665

<sup>70</sup> Se pueden citar dos ejemplos: la iniciativa *Madrid Emprende*, del Ayuntamiento de Madrid en <http://www.madridemprende.com> y *Bogotá Emprende*, de la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Cámara de Comercio de Bogotá en <http://www.bogotaemprende.com> Con estas se busca apoyar proyectos de emprendimiento empresarial, a través de financiación, capacitación, y en el caso de Madrid, con

protección del derecho a la educación.

En conclusión, la escasez no es un elemento que pueda afectar la eficacia de los derechos fundamentales, pues de haberla, sería un asunto que se ha de diferir al tema de las garantías, no al de su fundamentación y concepto, y en el caso del derecho al trabajo ello es más cierto, pues se trata de las condiciones mismas para sostener y mantener la vida de las personas, y consecuentemente, realizar su autonomía moral.

Se debe rescatar sin embargo, que le asistiría razón al profesor en cuanto la eficacia se entienda en términos de racionalidad/irracionalidad, es decir, de la posibilidad lógica (no la política), de que puedan cumplirse; esto es más fácil de explicar con un ejemplo: sería irracional abogar por el derecho fundamental a la vida eterna o a no enfermarse nunca. Solo en este contexto se entendería que es posible hablar de la *eficacia* de una pretensión moral como uno de los elementos que acompañan al fundamento (moral)<sup>71</sup> de los derechos fundamentales. Se debe entender entonces lo *lógico*, en un sentido muy estricto y lo más ideológicamente neutro posible, y no como *plausibilidad*, pues ello revive el problema en análisis.

Aunque para ser justos con el profesor Peces-Barba, él explícitamente aludía a la eficacia como un elemento de la positivización, con lo que nos situaríamos más bien en el campo del *concepto* de los derechos fundamentales, por lo que la anterior respuesta a los argumentos del profesor Peces-Barba no estaría completa, pues deja de lado el terreno en el que el debate debe darse, reduciendo la cuestión de la eficacia a un tema exclusivo de la fundamentación, cuando precisamente lo que hizo el profesor Peces-Barba desde el primer momento fue ubicarlo en el terreno del concepto.

En este orden de ideas, resultará relevante retomar este elemento a lo largo del presente trabajo, en especial cuando se aluda al concepto de los derechos fundamentales y al tema de las garantías, pues si bien no puede supeditarse la existencia de los derechos fundamentales a la eficacia, se debe diferenciar dos situaciones respecto a este elemento: una que se refiere a esta como componente de la fundamentación moral de los derechos, ya que no puede buscarse que pretensiones irracionales alcancen el status jurídico, v. gr.,

---

alojamiento para el proyecto.

<sup>71</sup> En este sentido se expresa Rafael de ASÍS, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Op. Cit., p. 19 y 20, al zanjar el debate dualismo–modelo trialista, incluyendo la eficacia dentro de la faceta moral.



el derecho a la vida eterna antes citado; otra, relacionada con la eficacia y la escasez como condicionantes de la positivización de pretensiones morales. En este segundo escenario no puedo declararme en acuerdo con el profesor Peces-Barba, pues su tesis adolece de una confusión, generalizada entre los juristas, entre derecho y garantía –tema que se tratará en detalle más adelante–, ya que los problemas de escasez y repartición de bienes públicos se ubican en el terreno de las garantías y no en el de los derechos mismos.

Así pues, positivizar un derecho fundamental a que cada persona disfrute del arte a partir de la posesión de un Van Gogh es irracional, mientras que positivizar el que cada persona disfrute del arte, y con ello incluir las obras de este artista Gogh, supondría más que un problema de positivización del derecho fundamental, uno sobre el tipo de garantías que deben crearse para garantizar que cada persona tenga la posibilidad de ver al menos una vez en su vida una obra de Van Gogh, v. gr., llevar exposiciones temporales a determinada ciudad, permitir el acceso a reprografías de las obras, patrocinar publicaciones de libros al respecto, etc.

Como se observa, en la teoría dualista los problemas de eficacia, y por ende el de escasez, solo se relacionan con la fundamentación de los derechos en tanto a su racionalidad, pero no tienen relación alguna con el concepto de los derechos, en tanto no afectan su positivización; a lo sumo, afectarán las garantías de los derechos, pero eso es tema diferente y que se tratará más adelante.

Prosiguiendo con el análisis sobre las diversas posturas de fundamentación de los derechos fundamentales, es procedente indicar el resto de las *perspectivas morales*, dentro de las que se encuentran, de acuerdo con Rodríguez-Toubes, (i) la *teológica* (religiosa) que atribuye la razón última de los derechos a razones de orden divino o espiritual, de acuerdo con los cánones de creencia de cada religión, y (ii) las *filosóficas*. Estas últimas pueden ser a su vez de tipo formal y sustantivo.

Dentro del grupo de posturas *filosóficas formales* o ético discursivas se hallan: (i) la consensual, (ii) el constructivismo ético y (iii) la lógico-práctica. La primera sostiene que la fundamentación se puede hallar en un consenso moral actual (nacido en la comunidad moral ideal) o en uno potencial (que nacerá de la verosimilitud del acuerdo ideal). La segunda, basada en las tesis del profesor Carlos Santiago Nino, encuentra el



fundamento en los presupuestos de la comunidad moral, es decir, en la fuerza justificatoria de las prácticas sociales, entendiendo que existe una moral positiva a partir de la cual se puede deducir la moral crítica, pues aquella comparte los rasgos esenciales de esta última.

La tercera postura de este grupo reconoce el fundamento, en las necesidades implícitas del ser humano; como se verá más adelante, esta postura ofrece solidez a la argumentación moral pero no puede entenderse como único elemento justificatorio pues no explica el nexo lógico entre los derechos y su razón de ser.<sup>72</sup>

Por último se encuentran las posturas *filosóficas sustantivas*: (i) la utilitarista, (ii) la axiológica y (iii) la iusnaturalista. La utilitarista, aunque se debe advertir que existen múltiples formas de utilitarismo, parte del principio de utilidad, que supone la maximización del bienestar. La axiológica indica que el origen y fundamento de los derechos no es jurídico, sino que es previo a lo jurídico, pues se trata de exigencias imprescindibles para una vida digna. Finalmente, la iusnaturalista sitúa el origen de los derechos fundamentales en un orden normativo cuya validez es anterior y superior a la del Derecho positivo, por tal razón, estos derechos tienen virtualidad jurídica incluso antes de su reconocimiento positivo.<sup>73</sup>

Se debe advertir que la categorización realizada por Rodríguez-Toubes no es el único esquema posible, de hecho le anteceden muchos trabajos de varios autores,<sup>74</sup> sin embargo, recoge de manera detallada y pormenorizada una gran multiplicidad de propuestas teóricas y las organiza conceptualmente, permitiendo un acercamiento estructurado a quienes quieren analizar el tema de la fundamentación de los derechos fundamentales.

---

<sup>72</sup> Íd. p. 152. Una vez expuestas las tesis formales, Joaquín Rodríguez-Toubes, se inclina por una fundamentación ecléctica entre el consensualismo y el constructivismo ético, blindando su postura con la inclusión de las necesidades humanas y el principio de universalización.

<sup>73</sup> Íd. p. 258 y 259

<sup>74</sup> Rodríguez-Toubes expone al inicio de su libro clasificaciones como las de Antonio-Enrique Pérez Luño y Antonio Fernández-Galiano, entre otros. Revisando precisamente la propuesta del primer autor, se encuentra un esquema más simple, de cuatro tipos de fundamentación: la iusnaturalista objetiva, la positivista, la alternativa, y el iusnaturalismo crítico (Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 111-136). Otro autor que propone un modelo más simple de tipos de fundamentación es Eusebio Fernández, quien habla de tres tipos esenciales: (i) fundamentación iusnaturalista – con dos variantes: ontológica y deontológica; (ii) fundamentación historicista; y, (iii) fundamentación ética. (Eusebio FERNÁNDEZ, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1984, p. 84-119).

Por último, es importante tener en cuenta la influencia que la fundamentación y la historia ejercen sobre el concepto de derechos humanos y la imposibilidad de una fundamentación absoluta y unitaria. En cuanto al primer ítem, indica Rafael de Asís,<sup>75</sup> que concepto y fundamento se encuentran estrechamente relacionados entre sí, pues no es posible tomar una postura para justificar sin contar con un concepto previo de los derechos fundamentales, y viceversa. Esto debido a que la pregunta sobre cuál es la justificación, o el porqué de los derechos fundamentales, suele ser respondida en función del para qué de los mismos, es decir, de su concepto; así, se encontraría por ejemplo una justificación de los derechos por la función moral que realizan.<sup>76</sup>

Esto conduce al segundo punto, pues diferentes puntos de vista conducirán a diferentes fundamentaciones, es decir, no es posible hallar una fundamentación absoluta y unitaria (acontextual), sino fundamentaciones relativas, más aún si se tiene en cuenta que los derechos no son atemporales, sino que están influidos por la historia y la concepción de fundamentalidad ha cambiado de tanto en tanto. Esta imposibilidad es descrita por Norberto Bobbio,<sup>77</sup> en cuatro razones: la primera, es la vaguedad de la expresión *derechos humanos* (sic), que induce a definiciones tautológicas o que dicen algo sobre el *status* deseado de estos derechos, pero no toca el contenido y cuando lo hace, conlleva una dificultad adicional, pues se introducen términos de valor, que son interpretados de manera diferente de acuerdo con la ideología de quien los interpreta.

La segunda, es la variabilidad histórica de los derechos humanos, que han ido modificándose con las necesidades, intereses, clases en el poder, medios disponibles para su realización, transformaciones técnicas, etc., lo que supone que no existen derechos fundamentales por su propia naturaleza, y por ende, no se puede dar un fundamento absoluto a derechos históricamente relativos.

En tercer lugar, estos derechos son heterogéneos, y en ocasiones también incompatibles. Esto solo quiere decir que las razones que les dan sustento no pueden ser las mismas para todo el catálogo de derechos. La cuarta y última razón, es la antinomia entre los derechos invocados por los mismos sujetos, que se resumen en la contradicción

---

<sup>75</sup> Rafael de ASÍS, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Op. Cit. p. 5

<sup>76</sup> *id.* p. 6

<sup>77</sup> Norberto BOBBIO, “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, Op. Cit., p. 55-60.

que supone cumplir unos derechos mediante abstenciones y otros mediante prestaciones, o en otras palabras, la realización integral de unos impide la de otros (el profesor Bobbio alude en concreto al enfrentamiento derechos individuales – derechos sociales).

Lo anterior debe conducir no a un escepticismo total sobre la fundamentación, sino a la consciencia de que es imposible hablar de una fundamentación absoluta para todo tiempo y lugar, pero es posible hablar de fundamentaciones racionales y objetivas, que expliquen por qué existen los derechos fundamentales y para qué han de usarse. Por ende, solo puedo coincidir con el profesor Bobbio en las dos primeras razones, pues en el tercer caso, pese a la disparidad de contenidos de los derechos fundamentales, si se asume una fundamentación filosófica moral, se encontrará que existe un núcleo básico de valores superiores que los conectan, independientemente de los fines concretos que se persigan con cada uno de ellos.<sup>78</sup>

En cuanto a la cuarta razón, debo discrepar con los planteamientos del profesor Bobbio, pues el enfrentamiento derechos individuales-derechos sociales y su caracterización como derechos de abstención los primeros, y derechos de prestación los segundos, es un error que debe superarse, ya que parte de una premisa errónea, que al mejor estilo de George Orwell,<sup>79</sup> entiende que los derechos de libertad son los *más fundamentales* dentro del catalogo de derechos fundamentales, y al cumplirse solo mediante abstenciones de los poderes públicos, suponen un choque con los derechos prestacionales. La verdad es que cualquier derecho fundamental supone algún tipo de prestación, pero este tema se explicará en detalle en páginas posteriores.

Por último, conviene recordar la explicación de Rafael de Asís,<sup>80</sup> quien diferencia fundamento y metafundamento de los derechos, pues lo que se conoce como intentos de fundamentación absoluta, serían más bien el metafundamento de los derechos. Entendiendo que “el metafundamento de los derechos es el ámbito de justificación abstracto, el fundamento por el contrario es el ámbito de justificación concreto”,<sup>81</sup> y se

---

<sup>78</sup> En el mismo sentido se expresa Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES, Op. Cit. p. 76, quien indica que las variaciones de tiempo y lugar de los fenómenos sociales, no impiden la unidad de los valores humanos fundamentales, y la universalidad de unas exigencias éticas básicas.

<sup>79</sup> Recordando la frase de su libro *Rebelión en la granja* (Animal Farm): “Todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros”. George ORWELL, *Rebelión en la granja*, Debolsillo, 2012 [1945], p. 121.

<sup>80</sup> Rafael de ASÍS, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Op. Cit., p. 24

<sup>81</sup> *Ibíd.*

refiere al ámbito según se haga o no referencia a situaciones espaciales o temporales; si estas no se hacen, estaremos situados frente al metafundamento de los derechos. Así pues, el metafundamento es identificable por cuanto “intenta construir las bases justificatorias del discurso de los derechos sin referencia, o si se prefiere con mínimas referencias, a cualquier situación espacial o temporal”,<sup>82</sup> mientras que el fundamento presentará dichas bases dentro de determinada situación espacial y temporal.

#### **1.4. UNA PERSPECTIVA DE FUNDAMENTACIÓN BASADA EN LOS VALORES SUPERIORES Y LAS NECESIDADES HUMANAS**

Una vez visto un panorama sobre las posibles perspectivas de fundamentación de los derechos fundamentales, considero que la perspectiva adecuada para enmarcar el presente trabajo, es una que dé cuenta de la faceta moral que justifica los derechos fundamentales, claro está, una de índole laico y humanista, y que tenga en cuenta una de las principales fuentes motoras de reivindicaciones humanas como son las necesidades básicas, por tal razón, los modelos *dualista* y *lógico-práctico*, son la mejor elección.

Se entenderá, como explica Rafael de Asís, que los derechos son “instrumentos éticos que poseen diferentes proyecciones en la historia pero que parten de una base moral común”.<sup>83</sup> Esta *base moral común*, o idea de moral, debe entenderse a partir de la “asignación de un igual valor a los seres humanos en cuanto sujetos con capacidad de elección y supone establecer como exigencia de todo el discurso el respeto a la integridad física, a la autonomía individual (integridad moral) y a la satisfacción de necesidades básicas”.<sup>84</sup>

Lo anterior implica que la razón última de los derechos fundamentales se encuentra en unos valores humanos básicos y universales, identificables a partir de las necesidades implícitas del ser humano, y que pretenden ser incorporados en un ordenamiento jurídico. Se trata de una postura que asume los valores de una moral intersubjetiva y es contextual o relativa, pues reconoce el papel que ejerce la historia en el moldeamiento de los derechos.

---

<sup>82</sup> *Ibíd.*

<sup>83</sup> Rafael de ASÍS, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Op. Cit., p. 24

<sup>84</sup> *Id.* p. 89

En tal sentido, es oportuno recordar el papel de la historia en el fundamento y concepto de los derechos fundamentales. Si bien la historia no fundamenta los derechos, se debe tener presente que ésta sí explica el fundamento y el concepto, pues los valores son contextuales y el concepto es una idea histórica, es decir, ninguno de los dos existe desde el principio de la humanidad, sino que son productos de la razón humana y del mundo moderno. El profesor Gregorio Peces-Barba así lo explicaba en su artículo “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”<sup>85</sup>. Allí, advertía que las exigencias morales que subyacen a los derechos fundamentales solo se entienden situadas en la historia: “esas exigencias derivadas de la dignidad humana sólo se plantean desde el punto de vista de los derechos fundamentales en el mundo moderno, en un contexto político, social, económico y cultural que sirve de catalizador, en torno a diversos problemas, tolerancia, límites del poder y humanitarismo en el campo penal y procesal, y con una evolución hasta nuestros días que sólo se entiende situada en la historia.”<sup>86</sup>

De esta forma, no puede decirse que la filosofía de los derechos fundamentales proviene de tiempos inmemoriales, sino que es un producto de una respuesta consolidada desde el siglo XVI a situaciones de indignidad. Explica el profesor Peces-Barba que hubo tres temas de preocupación que desencadenaron dicha respuesta: (i) la tolerancia, por la ruptura de la unidad religiosa y las guerras de religión; (ii) los límites al poder, frente al poder absoluto; (iii) el humanitarismo, por superar las bárbaras condiciones del derecho penal y procesal de la monarquía absoluta.<sup>87</sup> La reflexión filosófica en torno a estas preocupaciones, y naturalmente los cambios sociales y revoluciones que se dieron en la época, concluyeron en una formulación inicial de la filosofía de los derechos fundamentales, compuesta por la libertad de conciencia, pensamiento y opinión, algunos derechos de participación política, garantías procesales y la reivindicación del derecho de propiedad.<sup>88</sup>

La misma advertencia se ha de extender a las necesidades básicas como fundamento de los derechos, pues si bien algunas de éstas son ahistóricas y permanentes,

---

<sup>85</sup> Gregorio PECES-BARBA, “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”, Op. Cit., p. 227-264.

<sup>86</sup> *Id.* p. 229.

<sup>87</sup> *Id.* p. 238 y 239

<sup>88</sup> *Id.* p. 241.

ello no implica que surja una justificación absoluta (de tipo iusnaturalista), pues “sólo a partir del tránsito a la modernidad se dispone del instrumento conceptual y luego jurídico de los derechos fundamentales para resolverlas, y precisamente por tratarse de un concepto histórico no sólo aparece en un momento histórico, sino que se perfila, se matiza, evoluciona y se desarrolla a lo largo de esos siglos XVI a XX y, todavía hoy, como veremos tiene mucho trecho que recorrer.”<sup>89</sup>

Existe una conexión necesaria entre valores superiores y necesidades, pues estas últimas no justifican por sí mismas los derechos fundamentales, sino que se encuentran conectadas con la dignidad humana, ya que su satisfacción contribuirá al desarrollo moral del ser humano. Diría Gregorio Peces-Barba que su satisfacción “es cauce obligado para el desarrollo moral, expresión de esa dignidad que se realiza en el mundo moderno con el despliegue de los valores de la libertad y de la igualdad, o de la libertad igualitaria, a través de los derechos fundamentales.”<sup>90</sup>. Sobre el punto de las necesidades se volverá más adelante, por lo pronto es procedente dedicar una reflexión a los valores de los que tanto se ha dicho constituyen la razón última de los derechos fundamentales.

#### 1.4.1. Valores fundantes

Los valores que a continuación se exponen, corresponden a un esquema de fundamentación compartido por un amplio sector de la doctrina, y se corresponden con los reivindicados en la Revolución Francesa en 1789, bajo el eslogan *Liberté, Égalité, Fraternité*. Y explica Victoria Camps, que “cualquier ordenamiento jurídico de los derechos humanos remite al reconocimiento de tres exigencias fundamentales: la libertad, la igualdad y la dignidad”.<sup>91</sup> Como se verá, se trata de valores interdependientes y no excluyentes, como puede ocurrir en algunas ideologías, que privilegian unos por sobre otros, olvidando que la vida de los seres humanos es un hecho complejo, que no puede reducirse a ser orientada más por unos valores que por otros, y consecuentemente, a satisfacer unas necesidades básicas más que otras, algo así como lograr la dignidad

---

<sup>89</sup> Íd. p. 235.

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> Victoria CAMPS, “El descubrimiento de los derechos humanos”, en Javier Muguerza, et. al., *El fundamento de los derechos humanos*, Op. Cit., p. 112.

humana basándose: 70% en la libertad, 10% en la igualdad, 10% en la solidaridad y 10% en la satisfacción de necesidades.

La actuación estatal y de los particulares debe estar basada 100% en todos y cada uno de los valores primordiales de la ética pública, y las necesidades básicas humanas, de otra forma se corre el riesgo de perpetuar los debates partidistas y seguir desvirtuando el valor de las normas jurídicas que positivizan derechos fundamentales de la más diversa índole.

#### a) **Dignidad humana**

Para hablar de dignidad humana es necesario partir de un concepto apriorístico, pues se trata de un término de difícil, si no imposible, definición en un único sentido. Si se acude a la definición dada por la Real Academia Española a la palabra *dignidad*, se encuentra que se trata de un sustantivo y se refiere a la “cualidad de digno”; y cuando se revisa la definición de *digno*, se encuentra que se trata de un adjetivo, que en las dos primeras acepciones alude al merecimiento y valor por mérito: 1. Merecedor de algo. 2. Correspondiente, proporcionado al mérito y condición de alguien o algo. En la tercera acepción es definido como aquello “Que tiene dignidad o se comporta con ella”. Como se observa, la entidad ha optado por una definición ambigua y tautológica, lo que pone de manifiesto la dificultad de encontrar un concepto unívoco y ampliamente aceptado.

En inglés es un poco menos notoria esta ambigüedad, baste dar una mirada a una de las definiciones del diccionario Merriam-Webster:<sup>92</sup> “Dignity: (noun). 1: the quality or state of being worthy, honored, or esteemed” (Dignidad: (sustantivo) 1. La calidad o estado de ser valioso, honrado o estimado/reconocido).

Como se observa, la acepción de dignidad está relacionada con el valor, e inclusive, con el reconocimiento por parte de otros; sin embargo, su acepción corriente no es suficiente para el Derecho, por ende se requiere indagar más sobre sus connotaciones y las consecuencias de la utilización de determinada definición y no de otra.

---

<sup>92</sup> En <http://www.merriam-webster.com/dictionary/dignity> (18-02-2013)

De hecho, la consecuencia más importante, es la de que la presencia o ausencia de ciertos rasgos y características que componen la dignidad humana, es lo que ha permitido atribuir o negar el ejercicio de ciertos derechos fundamentales,<sup>93</sup> y no siempre de manera afortunada, tal como ocurrió con el régimen nazi, y otros tantos regímenes sociales, políticos y jurídicos segregacionistas, que excluían a ciertas personas de dichas calidades y así consideraban justificadas las lesiones a su dignidad. En el mismo sentido se expresa Ernesto Garzón Valdés, cuando indica que el concepto de dignidad humana “fija el umbral mínimo a partir del cual pueden diseñarse diversas regulaciones para la adjudicación y/o distribución de bienes en una sociedad”.<sup>94</sup> Adicionalmente, la importancia de la dignidad humana puede rastrearse en su influencia en el pensamiento moral, político y jurídico - moderno y postmoderno, pues se le considera la fuente de los valores y derechos que sostienen la democracia.<sup>95</sup>

En términos generales entonces se puede decir que la *dignidad humana* hace referencia a la esencia de los seres humanos, a su valía innata. Indica Ernesto Garzón Valdés,<sup>96</sup> que no se trata de una característica accidental, sino de una propiedad distintiva atribuida exclusivamente a todo ser humano viviente. La dignidad entonces sería casi como el ADN: *inseparable* del ser humano. Agrega el profesor Garzón Valdés, que adscribirle dignidad al ser humano, es algo así como colocarle una “etiqueta de valor no negociable, irrenunciable, ineliminable e inviolable, que veda todo intento de auto o heterodeshumanización.”<sup>97</sup>

Dar una definición universal y unívoca del concepto *dignidad humana* es una tarea de vieja data que continúa vigente, y aún en el presente, en pleno siglo XXI, ha demostrado ser imposible de realizar; así explica el bioeticista Gilbert Hottois,<sup>98</sup> al indicar que entre 2005 y 2007 y con ocasión del 60º aniversario de la UNESCO, se llevó

---

<sup>93</sup> Ignacio CAMPOY CERVERA, “Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° XXI, Ministerio de Justicia/ BOE/ Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 2004, p. 146.

<sup>94</sup> Ernesto GARZÓN VALDÉS, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, en Ernesto Garzón Valdés, *Propuestas*, Trotta, Madrid, 2011, p. 100.

<sup>95</sup> Gregorio PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, 2ª Ed., Cuadernos Bartolomé de las Casas N° 26, Dykinson, Madrid 2003, p. 66 y 67.

<sup>96</sup> Ernesto GARZÓN VALDÉS, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, Op. Cit., p. 65.

<sup>97</sup> Ibid.

<sup>98</sup> Gilbert HOTTOIS, “Dignidad humana y bioética. Un enfoque filosófico crítico”, en *Revista Colombiana de Bioética*, Vol. 4, 2009, p. 54.



a cabo un proyecto de investigación sobre la dignidad humana, auspiciado por la *European Science Foundation*, la *International Union of Academies*, el *International Social Science Council*, el *International Council for Philosophy and Humanistic Studies*, el *Instituto de Estudios Catalanes*, la *Netherlands Research School for Practical Philosophy* y la UNESCO.

Dentro del proyecto se llevaron a cabo varios talleres y conferencias para indagar sobre la universalidad y presencia transcultural del concepto, pero la conclusión global fue la imposibilidad de un consenso universal, y la existencia de una polisemia y amplitud conceptuales, que impiden considerar la *dignidad humana* como un concepto cerrado y acabado, invitando a considerarlo más bien como uno complejo y evolutivo.<sup>99</sup>

El concepto adolece, además de los problemas de carga emotiva, vaguedad y textura abierta, de la utilización demoledora como “superargumento” o “argumento mítico”, es decir, su introducción en los debates jurídicos, políticos y de otra índole, tiene como efecto eximir de la carga de profundización argumentativa a quien lo usa, clausurando a su favor las discusiones.<sup>100</sup>

Debe sumarse la carga histórica del concepto, pues sus variaciones a lo largo de los siglos, tanto en su entendimiento como en su justificación, hacen que aún hoy no exista acuerdo sobre las fuentes del mismo; por ejemplo, antes del surgimiento del Estado de Derecho se ubicaba la fuente de la dignidad en la posición socioeconómica de las personas, o en orígenes religiosos como la divinidad de una deidad que habría creado a los hombres a su imagen y semejanza, pero con el paso del tiempo, ésta se hace de más difícil identificación, hasta vincularse en la actualidad con conceptos como la vulnerabilidad y el sufrimiento, o con la autonomía.

Además, aún hoy en día no existe un consenso universal sobre el concepto mismo si se tiene en cuenta la pluralidad de cosmovisiones que conviven en Estados pluriétnicos como los latinoamericanos. La filosofía andina por ejemplo concibe al ser humano no como un sujeto individual sino como uno colectivo, contraviniendo uno de los pilares de la filosofía occidental. Así lo explica Josef Estermann,<sup>101</sup> al indicar que en

---

<sup>99</sup> Íd., p. 56

<sup>100</sup> Francisco Javier ANSUÁTEGUI, “Diritti fondamentali e dignità umana”, Op. Cit., p. 15.

<sup>101</sup> Josef ESTERMANN, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Abya-Yala, Quito, 1998, p. 200 a 206.

el saber indígena el ser humano y su identidad se construyen a partir de la relacionalidad de la persona con otras personas y grupos de personas, e inclusive su permanencia en los colectivos de personas, y que su razón de ser se explica en la medida de que cumpla la función que le corresponde, para así mantener el orden cósmico. El ser humano es pues parte de un todo, fuera del cual no existe.

Un ingrediente que debe sumarse al desacuerdo universal se encuentra en los avances de la ciencia, que han puesto contra las cuerdas a los filósofos de la bioética y les lleva a replantearse nociones en apariencia acabadas. Indica Gilbert Hottois<sup>102</sup> que puede identificarse una fractura entre una corriente *fundamentalista metafísica o teológica* que puede asociarse con la noción *tradicional* de la dignidad como aquella que “expresa el valor intrínseco del ser humano, un valor esencial que remite a dios o a la naturaleza, independiente de las voluntades y relaciones humanas, no relativizado por los contextos históricos y culturales” y otra corriente *no fundamentalista*, que se aparta de dicha postura y la denuncia precisamente por el temor a las consecuencias dogmáticas.

Desde la bioética se encuentran dos tipos de críticas al uso de la noción de dignidad humana: (1) críticas a su extensión; (2) críticas a su comprensión. Por su pertinencia estas mismas pueden hacerse extensivas a su uso en el campo de los derechos fundamentales.

(1) Críticas a la extensión: hacen referencia a los sujetos, objetos y situaciones a las que debe aplicarse el concepto. Plantean cuestionamientos sobre los estados del ser humano en que se debe o no extender la dignidad: ¿embriones, individuos con muerte cerebral, cadáveres?, ¿sobre la totalidad del cuerpo o algunas de sus partes o células?, ¿a los individuos o a los colectivos de personas? ¿En qué forma asumir los procesos vitales: concepción, nacimiento, muerte?, es más, ¿por qué solo a los seres humanos y no a todos los seres vivos?<sup>103</sup>

(2) Críticas a su comprensión: Están relacionadas con las incoherencias y contradicciones del concepto. Se encuentran por ejemplo: la dignidad humana como valor intrínseco, universal e invariable, pero que también puede depender de su

---

<sup>102</sup> Gilbert HOTTOIS, “Dignidad humana y bioética. Un enfoque filosófico crítico”, Op. Cit., p. 55.

<sup>103</sup> Íd., p. 57

reconocimiento contextual; la dignidad depende de la singularidad de cada persona, pero también es una característica compartida por cada ser humano; ¿la autonomía moral significa también disponer de la propia dignidad y cuerpo?<sup>104</sup>

Para poder dar respuesta a las críticas expuestas, se debe tener presente el origen de las contradicciones, pues coexisten dos maneras de comprender la dignidad humana, como se explicará a continuación. Así, algunas de las dificultades de la comprensión del concepto parten de su concepción histórica. Indica Iñigo de Miguel Beriain<sup>105</sup> que en la antigua Roma la dignidad se derivaba de la función realizada por ciertas personas o sus méritos en la esfera de lo público, es decir, de *algo externo*, y que solo con la aparición de la filosofía estoica romana y la aparición del cristianismo, se ubica la dignidad en el ser y se asocia a la *esencia humana*.

La complejidad de la noción de dignidad humana deviene, como explica de Miguel, de la mezcla que se ha producido entre estas dos concepciones, por lo que conviene entender separadamente la dimensión de cada una de ellas, para posteriormente poder dilucidar su relación con los derechos fundamentales.<sup>106</sup> De esta forma, se encuentran la *dignidad ontológica*, que hace referencia al valor intrínseco de cada ser humano, y la *dignidad fenomenológica (o social)*, como cualidad variable que sitúa el valor del ser humano en sus relaciones sociales.<sup>107</sup>

La primera puede definirse, de acuerdo con Gregorio Peces Barba, como: “una construcción de la filosofía para expresar el valor intrínseco de la persona derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen única e irrepetible, que es el centro del

---

<sup>104</sup> Ibid. Vale la pena ejemplificar la actualidad de esta cuestión con un hecho de 2012: el artista japonés Mao Sugiyama, luego de haberse sometido a extirpación quirúrgica de sus genitales, los subastó, cocinó y sirvió a cinco personas, y este acto no tuvo reproche jurídico por cuanto no existen normas jurídicas que prohíban el canibalismo en Japón. Noticia del 25 de mayo de 2012, tomada del diario hondureño “La Prensa”, en: <http://www.laprensa.hn/Secciones-Principales/Mundo/Noticias-insolitas/Un-japones-subasta-y-cocina-sus-genitales-en-un-banquete#.T9jWEdXLLm4> (11-06-2012)

<sup>105</sup> Iñigo de MIGUEL BERIAIN, “Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° XXI, Ministerio de Justicia/ BOE/ Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 2004, p. 189.

<sup>106</sup> Ibid. Iñigo de Miguel expone con relación al desarrollo histórico, que el siglo XVIII fue especialmente importante para la dignidad humana, en la medida que Kant y los enciclopedistas franceses produjeron una revitalización del mismo, además de que se dieron las primeras declaraciones de derechos.

<sup>107</sup> Ibid. En el mismo sentido Francisco Javier ANSUÁTEGUI, “Diritti fondamentali e dignità umana”, Op. Cit., p. 9, 13 y 14, pero el autor se refiere a la dignidad inherente y a la empírica. Se entiende que la primera está referida al valor intrínseco de los seres humanos, mientras que la segunda es un concepto variable y mutable, por cuanto se relaciona con sus acciones y actitudes, y con el respeto a sí mismo.

mundo y que está centrada en el mundo.”<sup>108</sup> La dignidad fenomenológica por otra parte, hace alusión al valor social del ser humano, pues el fundamento de la dignidad se encuentra en los hechos, no en la esencia. En ese orden de ideas, el valor de una persona se fija en la valoración que le dan otros seres humanos y en sus circunstancias, es decir, lo que hace, dice, o lo que le ocurre.

En términos pragmáticos la consecuencia de diferenciar estos dos tipos de concebir la dignidad se traducirá en que lo que se conoce como dignidad ontológica o inherente, corresponda por igual a todos los seres humanos como atributo inherente<sup>109</sup> y, de acuerdo con el imperativo kantiano, que el ser humano sea considerado un fin en sí mismo, nunca un medio. En ese orden de ideas, se nace con igual dignidad, y ello tiene consecuencias en la vida social.

Indica Antonio Pelè<sup>110</sup> que dicho valor tendría consecuencias en los comportamientos inter-subjetivos, pues nacería un deber de respetar la vida, integridad física, salubridad, libertad y prestigio personal de las otras personas, que supondría introducir una forma de regulación social para proteger la dignidad; he ahí la importancia de los derechos fundamentales como proyecto político y marco de su protección jurídica.

La dignidad ontológica es identificable a partir de una serie de rasgos o características distintivas del ser humano, que pueden identificarse a partir de tres hechos: conciencia moral, libertad para decidir acerca de las acciones propias e intelectualidad.<sup>111</sup> Sin embargo, si se revisan los trabajos de diversos autores<sup>112</sup> se encuentra un desarrollo más detallado de estas características, por considerarse que una enunciación general no es lo suficientemente explicativa.

---

<sup>108</sup> Gregorio PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Op. Cit., p. 68.

<sup>109</sup> Francisco Javier ANSUÁTEGUI, “Diritti fondamentali e dignità umana”, Op. Cit., p. 13 y 14. Ernesto GARZÓN VALDÉS, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, Op. Cit., p. 66.

<sup>110</sup> Antonio PELÈ, *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*, Dykinson / IDHBC, Madrid, 2010, p. 712; también “Una aproximación al concepto de dignidad humana”, en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política N° 1*, IDHBC, UC3M, 2004, p. 12.

<sup>111</sup> Íñigo de MIGUEL BERIAIN, “Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana”, Op. Cit., p. 194 y 195.

<sup>112</sup> Además de los textos citados hasta el momento, se puede citar el texto de Francis FUKUYAMA, *El fin del hombre*, Ediciones B, Barcelona, 2002, p. 241 a 288. No se comparte la postura ideológica de este autor, pero debe reconocerse que le asiste razón en la medida que indica que la forma adecuada de acercarse al entendimiento de la dignidad humana es tomando en cuenta la compleja relación de todos los rasgos característicos del ser humano y no solo en la presencia o exclusión de alguno o algunos, en lo que él denomina el *factor x*.

Dentro de esos rasgos se encuentran entonces<sup>113</sup>: (1) la capacidad de emitir juicios morales, (2) la capacidad de elegir libremente, (3) la aptitud para la búsqueda del bien, la virtud y la felicidad (libertad o condición moral del ser humano), (4) la capacidad para construir conceptos generales y razonar, (5) la capacidad para reproducir, comunicar y provocar sentimientos, afectos y emociones, en especial a través del Arte; (6) la capacidad de comunicarse a través de un lenguaje complejo, y (7) la sociabilidad racional, no simplemente primaria.<sup>114</sup>

Esto es relevante, en palabras de Ernesto Garzón Valdés, pues se deben diferenciar varios fenómenos relacionados: dignidad, conciencia de la dignidad (propia y ajena) y la expresión de la dignidad.<sup>115</sup> Así, a quienes falte uno de los anteriores rasgos o capacidades, tendrán dignidad, pero no podrán expresarla por sí mismos o la habrán lesionado con sus actos<sup>116</sup>. No debe perderse de vista que la concepción kantiana de la dignidad, estrechamente relacionada con la racionalidad como fuente de aquella, se queda corta cuando se debe abordar temas como la discapacidad, la minoría de edad, la edad avanzada y la población carcelaria, en los que las personas no pueden ejercer por sí mismas sus derechos, bien sea por su inmadurez, por senilidad, por requerir medidas de apoyo intensas, o porque se les ha privado de sus derechos políticos por encontrarse en prisión. Estas personas no serían agentes morales en estricto sentido, pero no por ello podría sin más considerárseles carentes de dignidad humana y justificar lesiones a su dignidad y privación de derechos fundamentales.

Rafael de Asís<sup>117</sup> critica precisamente el distanciamiento entre la cuestión de la

---

<sup>113</sup> Se enuncian en este texto siete rasgos, pero se debe tener presente que estos se basan en la exposición de Gregorio PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Op. Cit., p. 69 a 71, quien indica sólo “seis grandes dimensiones de la dignidad”, que se corresponden con los rasgos 2 al 7. El rasgo 1 se encuentra implícito en ese mismo texto, pero es mencionado de manera explícita por Francisco Javier ANSUÁTEGUI, “Diritti fondamentali e dignità umana”, Op. Cit. p. 10 y 11.

<sup>114</sup> Ignacio CAMPOY, “Una revisión de la idea de dignidad humana (...)”, Op. Cit. p. 145. Sobre la sociabilidad agrega Francis Fukuyama en *El fin del hombre* (p. 274), que se trata de una sociabilidad política, para así diferenciar al ser humano de otros animales sociales.

<sup>115</sup> Ernesto GARZÓN VALDÉS, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, Op. Cit., p.71.

<sup>116</sup> Ernesto Garzón Valdés diferencia entre los actos de autolesión: por comportamientos heterónomos, pérdida de autocontrol (consumo de drogas) y por comportamientos criminales; y actos de heterolesión: utilización del prójimo como mero medio, tratamientos humillantes y degradación del ser humano a la categoría de objeto o de animal. Ernesto GARZÓN VALDÉS, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, Op. Cit., p. 74 a 83.

<sup>117</sup> Rafael de Asís, “Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos”, en Agustina Palacios e Ignacio Campoy Cervera (eds.), *Igualdad, no discriminación y discapacidad*, Dykinson / IDHBC, Madrid, 2007, p. 19.

discapacidad y la teoría de los derechos, en especial la que trata de cuestiones de concepto, fundamento e historia. Esto debido a la herencia de la Ilustración que acompaña la idea de derechos, y que arrastra consigo el ideal de la dignidad humana a partir del modelo de ser humano ilustrado, es decir, basado en la perfección, por lo que no extraña que la dignidad humana se vinculara a la capacidad y al desempeño de determinados roles sociales.<sup>118</sup>

Lo anterior cobra especial importancia para evitar tratamientos arbitrarios precisamente a personas a quienes pueda faltar alguno de los rasgos distintivos, y establecer en su favor un tratamiento especial –niños y niñas, adultos mayores, enfermos mentales–, e inclusive para evitar clasificaciones arbitrarias sobre quiénes tienen o no dignidad humana por factores en este aspecto irrelevantes como la etnia, la religión, el sexo, la condición económica, etc.

La defensa de la dignidad es un deber moral, indica Ernesto Garzón Valdés, por lo que no defenderla supondría la renuncia a la humanidad propia, y por ello, quienes no estén en capacidad de defenderla por sí mismos, están en la situación de los incompetentes básicos, por lo que habría lugar a un paternalismo justificado: “La asunción de la defensa de la dignidad de quienes no pueden asumirla por sí mismos es uno de los deberes primarios de toda sociedad decente.”<sup>119</sup> De todas formas, es importante repensar el tema de la dignidad desde un punto de vista universalista e igualitario, tal y como invita el profesor Rafael de Asís,<sup>120</sup> pues mantenernos en el punto de vista liberal, hace que continuemos pensando la dignidad humana en términos de quién reúne las condiciones del *optimo iure* y quien no, perpetuando inconscientemente la insatisfacción de derechos de las personas con capacidad diversa.

El entendimiento de la dignidad ontológica y fenomenológica es un aspecto especialmente sensible, pues debido a la arbitrariedad y la falta de su conocimiento se cometieron y justificaron actos atroces como los genocidios del régimen nazi a mediados del siglo XX, se permitió el régimen de apartheid hasta el año 1992, existieron los *Asilos de las Magdalenas* en Irlanda hasta 1996; y por ese mismo desconocimiento y

---

<sup>118</sup> Íd., p. 32-33.

<sup>119</sup> Ernesto GARZÓN VALDÉS, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, Op. Cit., p. 74.

<sup>120</sup> Rafael de ASÍS, “Derechos humanos y discapacidad.”, Op. Cit., p. 32.

arbitrariedad, hoy continúa existiendo una larga lista de fenómenos de negación de dignidad y violación de derechos fundamentales, dentro de la que se pueden mencionar el despojo a los grupos indígenas de sus tierras, el comercio ilegal de seres humanos, y sin ir más lejos, los recortes en las ayudas de dependencia.

Para que la dignidad humana tenga sentido no se puede entonces enmarcar en cualquier discurso, explica el profesor Ansuátegui, que la dignidad vinculada a los derechos cobra sentido en el marco de un discurso antropocéntrico y laico;<sup>121</sup> lo primero, en tanto hemos de situarnos en “una concepción moral protagonizada por el individuo tanto en lo que se refiere a la titularidad de pretensiones morales como en lo que se refiere a la responsabilidad derivada de las decisiones individuales.”<sup>122</sup> Lo segundo, en tanto el fundamento de la dignidad se vincula a discursos no religiosos, y agregaría yo, reitera el carácter no confesional de la mayoría de los Estados democráticos actuales, y su compromiso con la dignidad de las personas, sin importar su conjunto de creencias espirituales o su carencia de ellas.

Valga entonces recordar las palabras de Primo Levi, cuando narra el horror de los lager nazis y recuerda el papel de la ley en la protección de la dignidad humana de **todas** las personas:

“Añádase también la sensible acción de amortiguación que ejerce la ley, y el sentimiento moral, que es una ley interior; en efecto, un país se considera tanto más desarrollado cuanto más sabias y eficientes son las leyes que impiden al miserable ser demasiado miserable y al poderoso demasiado poderoso”<sup>123</sup>

“Los Lager nazis han sido la cima, la culminación del fascismo en Europa, su manifestación más monstruosa; pero el fascismo existía antes que Hitler y Mussolini, y ha sobrevivido, abierto o encubierto, a su derrota en la Segunda Guerra Mundial. En todo el mundo, en donde se empieza negando las libertades fundamentales del Hombre y la igualdad entre los hombres, se va hacia el sistema concentracionario, y es éste un camino en el que es difícil detenerse.”<sup>124</sup>

---

<sup>121</sup> Dentro del que se incluye el presente trabajo, pues pese a la nobleza de discursos morales como el de autores como Peter Singer, es innegable que muchas de las exigencias morales que contiene se acercan a una moral supererogatoria. Sin ahondar en la discusión sobre derechos de los animales, tema que nos alejaría del tema bajo análisis en el presente documento, cabe traer a colación lo expresado por Jesús GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI en “Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político”, en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales* N° 101, Fundación Sistema, Madrid, 1991, p. 128. El autor limita la solidaridad a los seres humanos, pero indica que no poder derivarla a los animales no implica poderlos maltratar.

<sup>122</sup> Francisco Javier ANSUÁTEGUI, “Diritti fondamentali e dignità umana”, Op. Cit. p. 9 y 10.

<sup>123</sup> Primo LEVI, *Si esto es un Hombre*, Muchnik Editores, Barcelona, 2002, p. 151.

<sup>124</sup> *Íd.*, p. 321



Se puede concluir entonces que no existe un tratamiento uniforme a los diversos casos, impredecibles muchas veces, que suponen analizar qué situaciones vulneran la dignidad humana, sin embargo se debe tener presente que la dignidad ontológica como fuente de derechos fundamentales debe ser absoluta, es decir, a todas las personas debe reconocerse su dignidad inherente y por ende, no puede negársele *a priori*, ni basándose en el uso de categorías sospechosas, el ejercicio de algún derecho fundamental. He ahí el porqué de las medidas de apoyo más o menos intensas para las personas con discapacidad, y los tratamientos especiales en cuestión de derechos fundamentales para ciertos colectivos de personas.

No debe desconocerse sin embargo, que determinados sucesos sí pueden ser eventual fuente de limitación del ejercicio de ciertos derechos, por ende, la dignidad fenomenológica debe tenerse presente al momento de establecer normas jurídicas limitativas de derechos fundamentales. Se mencionó antes el ejemplo de las personas privadas de su libertad, a quienes se limitan sus derechos políticos, pero podría citarse también el caso de las personas ludópatas y dilapidadoras, a quienes tras un proceso jurisdiccional se les puede limitar el control de su patrimonio. Se deberá entonces realizar un proceso de debate democrático, respetuoso de la persona, para determinar las consecuencias jurídicas que conllevarían las situaciones de falta de conciencia de la dignidad o de lesión de la misma.

La dignidad humana y los derechos fundamentales a final de cuentas tienen una relación de *círculo virtuoso*, pues no puede explicarse los derechos fundamentales sin dignidad, y es la dignidad humana la que fundamenta los derechos. Adicionalmente, la dignidad humana cimenta un determinado sistema de organización social,<sup>125</sup> por lo que debemos seguir pensando el concepto dignidad humana y continuar su inclusión en los debates democráticos que se hacen necesarios con el devenir de nuevos tiempos y sucesos.

---

<sup>125</sup> Francisco Javier ANSUÁTEGUI, “Diritti fondamentali e dignità umana”, Op. Cit. p. 14, sostiene que: “Una determinada comprensión de la dignidad (...) tiene consecuencias importantes en relación con los contenidos y con la articulación de un sistema de derechos, y, por tanto, a un sistema de organización social.”



## b) Igualdad

Este valor está relacionado con la naturaleza humana, en cuanto, nadie tiene más dignidad ontológica que otra persona, y por ende, todos los seres humanos valen igual, moralmente hablando. De lo anterior se desprende que nadie debe recibir tratamientos especiales de la Ley, pues todas las personas sin importar sus condiciones particulares, son iguales. Ahora bien, esto no equivale a la simple equiparación matemática, como se verá más adelante, pues no en todos los casos los seres humanos serán en verdad tan iguales y su dignidad se vería atacada si no se reconocieran sus diferencias.

La igualdad es entonces un concepto de difícil definición, por cuanto requiere el elemento relacional que le dé el acento requerido; por ello Norberto Bobbio<sup>126</sup> ha identificado que puede considerarse como un bien social, en la medida en que se identifica de la relación entre dos ó más entidades (en contraposición a la libertad, que es un bien individual y se refiere al *status* de la persona). Esto porque la igualdad es un valor adjetivo, es decir, no es valiosa en sí misma, sino en la medida que puede adscribirse a otro valor y a su distribución,<sup>127</sup> de allí que la igualdad se suele confundir con valores conexos como la justicia o la equidad.

Bobbio<sup>128</sup> manifiesta que la igualdad es un concepto que se debe definir relacionamente, es decir, mientras que otros valores como la libertad se pueden explicar como cualidades del ente, la igualdad es un modo de establecer determinados tipos de relaciones entre los entes de una totalidad. Así, él indica, la expresión “X es libre” tendría sentido lógico, mientras que “X es igual” no.

La igualdad es un concepto ambiguo y difícilmente delimitable en líneas generales, por lo que cuando se plantea su tratamiento jurídico, que es el que nos ocupa, se debe acudir a criterios empíricos, y se debe tener en cuenta previamente varios aspectos clarificadores. De acuerdo con Francisco Laporta,<sup>129</sup> la igualdad constituye una idea regulativa básica, lo que implica abordarla desde un punto de vista normativo, del

---

<sup>126</sup> Norberto BOBBIO, *Derecha e Izquierda. Razones y significados de una distinción política*, Taurus, Madrid, 1995, p. 160.

<sup>127</sup> Rodolfo VÁZQUEZ, Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho, Op. Cit. p. 128.

<sup>128</sup> Norberto BOBBIO, *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993, p. 54-56.

<sup>129</sup> Francisco LAPORTA, “El principio de igualdad: Introducción a su análisis”, en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales* N° 67, Fundación Sistema, Madrid, 1985, p. 3-6.

cual se desprenden cuando menos tres sentidos correlativos.

En primer lugar, la igualdad y la desigualdad no se desprenden de un conjunto de hechos, sino que están determinadas por la valoración que se hace de estos, y que conduce a una determinada mediación normativa de acuerdo con la cual se atribuye un significado y unas consecuencias jurídicas a ciertos hechos. La igualdad entonces tiene que ver con normas sociales más que con hechos.

En segundo lugar, la idea de igualdad es un *principio* y no una descripción de la realidad, es decir, con ella se busca regular el tratamiento de los rasgos distintivos de la realidad humana. La igualdad es un principio ético básico que “no se ocupa de lo que sucede en la realidad, sino de lo que debe suceder, a saber: que los seres humanos, sean cuales sean sus rasgos comunes o distintivos, deber ser tratados como iguales”.<sup>130</sup> La igualdad es entonces una directiva genérica sobre cómo deben ser tratados los seres humanos.

El tercer sentido es el puente entre los dos primeros, pues la igualdad es una *metanorma* que orienta y determina el contenido de las normas de la sociedad. Este valor aparece entonces como una exigencia o demanda sustancial que las normas deben cumplir, y por ende va a fijar los criterios necesarios para la estructura, contenido y efectos de dichas normas.

Javier de Lucas se expresa en el mismo sentido, pues reconoce que la noción jurídica de igualdad es: normativa, valorativa y relacional. Lo que significa de acuerdo con sus explicaciones, “que lo que hace el Derecho es una tarea clasificadora y de justificación, que consiste en establecer los criterios (legítimos) conforme a los cuales se tratará una situación en términos de equiparación (que no necesita en principio justificación), o bien en los de discriminación (que ha de ser justificada).”<sup>131</sup>

El principio básico de la igualdad es el que todas las personas deben ser tratadas de igual forma por la ley y las autoridades públicas, esta es la llamada *igualdad formal*, dentro de la que pueden identificarse dos situaciones: la igualdad en la aplicación de la ley y la igualdad en el contenido de la ley. La primera implica que las normas jurídicas

---

<sup>130</sup> Íd. p. 4.

<sup>131</sup> Javier de LUCAS, “La igualdad ante la ley” en Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta (eds.), *El derecho y la Justicia*, CSIC/ Trotta, Madrid, 2000, p. 495.

se deben aplicar de manera imparcial a sus destinatarios, la segunda, que por regla general el parlamento no vierta criterios de diferenciación en las normas que emita, y en caso de hacerlo, que no sean irracionales ni injustificados (entrarían aquí en juego los criterios sospechosos: sexo, edad, etnia, nacionalidad, etc.).<sup>132</sup>

En ese orden de ideas, tiene sentido la definición dada por Antonio Enrique Pérez Luño<sup>133</sup> a la igualdad, que aparece entonces como un concepto que desde el punto de vista lógico alude a la coincidencia o equivalencia parcial entre diferentes entes, diferenciándose por tanto de conceptos como la identidad o la semejanza, con los que se alude a la coincidencia absoluta en el primer caso, y a la mera afinidad o aproximación en el segundo. Adicionalmente, explica el autor,<sup>134</sup> la igualdad presenta tres caracteres básicos: la pluralidad, la relacionalidad y la comparación.

Con el primero hace referencia a que la noción de igualdad solo es aplicable a una pluralidad de personas, objetos o situaciones, nunca unilateralmente. El segundo carácter guarda estrecha relación con el primero, pues solo será posible establecer juicios de igualdad donde existan relaciones bilaterales o multilaterales. La última dimensión

---

<sup>132</sup> Sobre este tema es relevante el trabajo de Joseph TUSSMAN y Jacobus TENBROEK, “The Equal Protection of the Laws” en *California Law Review* 37, N° 3 (September), University of California, Berkeley, 1949, p. 341-381.

De acuerdo con este estudio existía una paradoja en la el sistema jurídico norteamericano, pues tanto la cláusula de igual protección de las leyes como la posibilidad de que las leyes clasificaran ciertos grupos de personas o individuos, (específicamente se refiere a ciertos casos en que unas personas debían soportar cargas adicionales, rompiendo así el principio de igualdad), eran aplicables al mismo tiempo. La Corte Suprema entonces optó por una solución intermedia con la que mantenía en firme tanto la generalidad constitucional como las demandas de especialización legislativa, a través de la doctrina de la *clasificación razonable*.

Esta doctrina, explican Tussman y tenBroek, supone que constitucionalmente no existe una obligación de que la Ley trate igualmente las situaciones de hecho que son diferentes, pero si requiere, en aras de la igualdad, que quienes estén situados similarmente sean tratados similarmente. Ahora bien, ¿qué se debe entender por clasificación razonable? Los autores empiezan por explicar que definir una clase es simplemente designar un atributo, característica, rasgo, conexión o cualquier combinación de estos, que poseídos por un individuo, determinan su pertenencia o inclusión dentro de la clase.

El Legislador define una clase o *clasifica*, cuando promulga una ley aplicable a cierto grupo de personas en abstracto, por ejemplo, *las personas entre 19 y 25 años*, pero se debe diferenciar esta situación de la clasificación que ocurre cuando se incluye a un individuo en un grupo determinado, por poseer alguno de los rasgos que definen al grupo. Esto, pues la Corte Suprema norteamericana considera que el poder de clasificar que tiene el Legislador es del primer tipo y no del segundo.

Se debe tener en cuenta que existe una diferencia sutil en la doctrina de igualdad norteamericana introducida por la decimocuarta enmienda, pues no se trata solo de igual protección de las leyes, sino que se va más allá para entender el principio de igualdad en términos de *protección de leyes iguales*. Por último, para determinar si la clasificación es razonable, se debe mirar el propósito de la norma, es decir, la clasificación será razonable si incluye a todas las personas que estén similarmente situadas con respecto al propósito de la norma.

<sup>133</sup> Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Dimensiones de la igualdad*, IDHBC/Dykinson, Madrid, 2005, p. 17.

<sup>134</sup> *Id.*, p. 18.

hace alusión a la existencia de un elemento o cualidad común que hace posible la comparación, un *tertium comparationis* a partir del cual se pueda establecer que un ente pertenece a una misma clase lógica o no. Este permitirá entonces establecer qué entes y qué aspectos de los mismos serán relevantes a efectos de la igualdad.

Estos caracteres, o presupuestos lógicos como los denomina Pérez Luño, son muy útiles a la hora de hablar de efectos jurídicos de la igualdad, pues permiten precisar y aclarar su dimensión formal.<sup>135</sup> Ahora bien, las exigencias de igualdad formal (aplicación de la Ley y contenido de la misma) se manifiestan, de acuerdo con Pérez Luño,<sup>136</sup> en cuatro aspectos primordiales: igualdad ante la ley como exigencia de generalidad, de equiparación, de diferenciación y de identidad de procedimiento.

El primero implica que todos los ciudadanos se hallan sometidos a las mismas normas jurídicas y a los mismos tribunales, que las normas deben ser generales y abstractas, lo que supone que se perseguirán la utilidad común y las normas estarán tipificadas de manera impersonal y universal. Adicionalmente, implica que no puede existir un tratamiento legislativo arbitrario y que se deberá igual trato a las situaciones sustancialmente iguales.

Segundo, la igualdad como exigencia de equiparación se refiere al trato igual que deben recibir aquellas circunstancias que aún siendo fácticamente diferentes, en lo jurídico deben ser iguales. En este caso, explica Pérez Luño, lo que se debe identificar para llevar a cabo un juicio de equiparación es el *criterio de relevancia*, a la luz del cual se podrán evaluar los datos como esenciales o irrelevantes para establecer la igualdad. En palabras del autor: “Se trata, en suma, de no equiparar arbitrariamente aquellas cosas entre las que se dan diferencias relevantes o, por el contrario, de no establecer discriminaciones entre aquellas cuyas divergencias deban considerarse irrelevantes.”<sup>137</sup>

El tercer aspecto, es decir, la igualdad ante la ley como exigencia de diferenciación, supone reconocer que existen situaciones que fácticamente son diversas, y que para dar igual tratamiento jurídico se requiere hacer ciertas diferenciaciones. Un ejemplo típico de esta situación es la progresividad tributaria, de acuerdo con la cual,

---

<sup>135</sup> Ibid.

<sup>136</sup> Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 1, 1981, UCM, Madrid, 1982, p. 257-275, y del mismo autor, *Dimensiones de la igualdad*, Op. Cit., p. 19 y ss.

<sup>137</sup> Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Dimensiones de la igualdad*, Op. Cit., p. 26.

todas las personas deben contribuir al mantenimiento del Estado de acuerdo con su capacidad económica. Como se observa, se requiere hacer una diferenciación para que exista un trato igualitario, pues de lo contrario, y como advierte Pérez Luño,<sup>138</sup> se trataría de un proceso de uniformidad, y la igualdad sería una noción vacía, inútil e injusta.

Por último se encuentra la igualdad ante la ley como exigencia de identidad de procedimiento, que no es otra cosa diferente que aplicar a todas las personas las mismas reglas procedimentales. El procedimiento, explica Pérez Luño,<sup>139</sup> es el tratamiento imparcial y reglamentado normativamente de las distintas relaciones y conflictos sociales. El elemento importante aquí es la imparcialidad, pues las distinciones serán ignoradas por regla general.

Pese a los avances que ha supuesto la igualdad formal, la historia sigue llena de ejemplos en los que esta no ha sido suficiente, por ende, se debe ahondar en su faceta olvidada: la *igualdad material* o igualdad de hecho, que se refiere a las condiciones económicas y fácticas de las personas. Quizás sea esta la faceta de la igualdad más debatida, pues existen diferentes ideas sobre cómo se puede alcanzar este objetivo, en un rango que se extiende desde la equiparación total (comunismo) hasta el mantenimiento de las diferencias como algo natural en la sociedad (libertarianismo).

La escogencia de uno u otro modelo ideológico dentro de un determinado sistema político y jurídico tendrá profundas implicaciones en los derechos fundamentales, pues ya no se tratará de una cuestión de escoger entre la libertad y la igualdad, sino de poder realizarlas conjuntamente. No en vano expresaba el profesor Bobbio sobre la igualdad: “el principio de la igualdad de oportunidades elevado a principio general apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales.”<sup>140</sup>

En este sentido considera Francisco Laporta<sup>141</sup> que el principio de igualdad rige para las normas que regulan relaciones *retributivas* y relaciones *distributivas*, situando en el primer plano a la igualdad en el daño-reparación, y en el segundo a la igualdad en

---

<sup>138</sup> Íd., p. 268.

<sup>139</sup> Íd., p. 271.

<sup>140</sup> Norberto BOBBIO, *Igualdad y libertad*, Op. Cit., p. 78.

<sup>141</sup> Francisco LAPORTA, “El principio de igualdad: Introducción a su análisis”, Op. Cit. [p. 3 versión digital en [http://cv.uoc.edu/mat/03\\_001/Laporta1.htm](http://cv.uoc.edu/mat/03_001/Laporta1.htm) ]

el reparto de bienes o cargas. Esto permite plantearse en el plano filosófico cuáles serían las formas adecuadas de establecer consecuencias normativas que adecuen el principio de igualdad en un ordenamiento jurídico, pues como sostiene Laporta, estas pueden ser de diversa naturaleza: “conferir un derecho, imponer una obligación, administrar una sanción, prohibir una conducta, atribuir una competencia, dar una recompensa, transmitir un bien, privar de una riqueza, etc.”<sup>142</sup>

Esto implica tener en cuenta que la igualdad no solo se manifiesta en el igual tratamiento de la ley, sino en el tratamiento desigual de acuerdo con la presencia o ausencia de ciertos rasgos. Por ello Laporta<sup>143</sup> pone de manifiesto que a la hora de evaluar qué rasgos son relevantes y cuáles no para suministrar un fundamento para la demanda moral de cierto tratamiento, se debe diferenciar entre “principios que señalan rasgos distintivos que *no* son razones para tratamiento diferenciado, y... principios que incorporan rasgos distintivos que *son* razones para un tratamiento diferenciado”<sup>144</sup>.

El segundo tipo de principios, explica Laporta, es el más problemático pues se debe establecer la conexión de fundamento entre la condición de aplicación y la consecuencia normativa<sup>145</sup>. Por ello el autor analiza cuáles serían los principios de tratamiento diferenciado, partiendo del principio general *a diferencias irrelevantes, tratamiento igual / a diferencias relevantes, tratamiento diferencial*. Así, encuentra que este se desarrolla en cuatro principios de tratamiento diferenciado: (i) de satisfacción de necesidades, (ii) de retribución de merecimientos, (iii) de reconocimiento de aptitudes y (iv) de consideración de status.<sup>146</sup>

Estos principios no agotan la aplicación del principio, reconoce Laporta, pero permiten evaluar la adecuación moral o no de determinado tratamiento normativo. Por otra parte, se trata de principios que pueden resultar en ocasiones antagónicos, pero que en todo caso permiten cuestionarse adecuadamente sobre la forma en que se deben repartir bienes o cargas.

---

<sup>142</sup> Íd., p. 5.

<sup>143</sup> Íd., p. 19 y ss.

<sup>144</sup> Íd., p. 21.

<sup>145</sup> Ibid.

<sup>146</sup> Íd., p. 23.

De acuerdo con las explicaciones de Francisco Laporta<sup>147</sup> es importante tener presentes las siguientes cuatro cuestiones a la hora de aplicar los principios de tratamiento diferenciado: en primer lugar, se trata de nociones (p.e. necesidad, mérito) que deben interpretarse contextualmente dada su variabilidad y carácter evolutivo; segunda, la gradualidad que acompaña a varias de ellas, pues su presencia en la realidad no es definida y unitaria, por lo cual es necesario a la vez graduar las consecuencias normativas: “a cierto ‘grado’ de necesidad, de merecimiento, de aptitud, etc., corresponde un grado paralelo de ‘diferenciación’ en el tratamiento”<sup>148</sup>.

En tercer lugar, el antagonismo de estas nociones entre sí puede llevar a resultados normativos diversos, por lo cual es necesario establecer un orden jerárquico *ad hoc* para tener certeza sobre cuál de ellos debe primar en determinadas circunstancias. Laporta sostiene lo siguiente: “Diferenciar en virtud de las necesidades y diferenciar en virtud de los méritos son, como es notorio, dos opciones que pueden resultar antagónicas. Hasta el punto de que son la piedra de toque de dos ideologías contrapuestas. A la hora de pensar en criterios de distribución, por ejemplo, utilizar el principio de satisfacción de necesidades o el principio de reconocimiento de aptitudes puede llevarnos a resultados diferentes.”<sup>149</sup>

Por último, se debe tener presente si se trata de principios de igualdad o de justicia. Esto aunado a lo anterior permite establecer cuál debe ser el tratamiento normativo de diversas situaciones fácticas. Para Francisco Laporta este punto no resulta ser una cuestión tan problemática como para otros autores, pues propone coordinar la aplicación de la igualdad en ambos sentidos, tanto como no discriminación como criterio de relaciones de distribución, tomando el principio de justicia en un sentido amplio<sup>150</sup>.

El autor entiende que dentro de un ordenamiento jurídico la igualdad no se agota en una norma aislada, sino que se expresa en conjuntos de normas interrelacionadas e instituciones, lo que explicaría por qué no entra a debatir sobre el sentido del principio *justicia* dentro del esquema de la igualdad y no lo considera antagónico con este último.

---

<sup>147</sup> Íd., p. 29-31.

<sup>148</sup> Íd., p. 29.

<sup>149</sup> Íd., p. 31.

<sup>150</sup> Íd., p. 31-32. El autor no se atreve a definir el término *justicia* y evita entrar en discusiones sobre si la igualdad es o no sinónimo de justicia, por eso adopta la postura aquí reseñada.

Resume su propuesta en los siguientes términos: “Una institución satisface el principio de igualdad si y sólo si su funcionamiento está abierto a todos en virtud de principios de no discriminación, y, una vez satisfecha esa prioridad, adjudica a sus beneficios o cargas diferenciadamente en virtud de rasgos distintivos relevantes.”<sup>151</sup>

Tanto en la creación de la ley como en su aplicación, en vía administrativa y/o judicial, es necesario tener en cuenta las consecuencias de estos rasgos distintivos relevantes, pero no debe olvidarse que justamente en la primera sede es en donde será necesario también incluir el tipo de repartición que se ha establecido constitucionalmente, o en otras palabras, la constitución económica determina el tipo de relación que se establece entre el Estado y el mercado para la repartición de bienes y cargas.

En este sentido llama la atención Laporta sobre los inevitables conflictos de operatividad ética y operatividad económica al precisar que “La relación de la igualdad con el ‘mercado’ puede plantearse en dos planos distintos: el de las reglas ‘constitutivas’ del sistema económico y el de las reglas ‘derivativas’ de distribución del sistema económico”<sup>152</sup>. Y prosigue el autor explicando que la forma de solucionar el conflicto sin que se anulen mutuamente los criterios de operatividad es estableciendo una jerarquía según la fórmula: “El criterio de distribución de operatividad económica sólo entra en funcionamiento una vez satisfecho el criterio de distribución de operatividad ética.”<sup>153</sup> Esto no es otra cosa más que proponer, continúa Laporta, que la economía de mercado actúe como sistema de producción pero *no* de distribución.

Esta afirmación coincide con lo que se propone desde la teoría de las necesidades humanas y que se verá más adelante, pues permitir que la economía de mercado sea el único mecanismo de repartición de bienes y cargas ha demostrado ser nocivo a la dignidad humana, y de ahí que sea necesario establecer los derechos fundamentales tanto como mecanismos de reparto, como de límites al poder, pero insisto, esto se verá en detalle en páginas siguientes.

Como se puede observar, la propuesta de Francisco Laporta permite dimensionar a partir de criterios formales las aristas del principio de igualdad, tanto formal como

---

<sup>151</sup> *Íd.*, p. 32.

<sup>152</sup> *Íd.*, p. 35.

<sup>153</sup> *Ibid.*



material, y tomando en cuenta su advertencia sobre el antagonismo que puede presentarse a la hora de optar por la aplicación de uno u otro principio de tratamiento diferenciado, y los diferentes resultados que en consecuencia se pueden obtener, es necesario estudiar este tema en los siguientes apartados.

Al estar estrechamente relacionada la igualdad con valores como la justicia o la equidad, y en consecuencia con la distribución, no extraña que este sea un tema de especial interés para las teorías de la justicia; esto supone encontrar diversas posturas sobre la distribución de recursos, que intentan resolver dos preguntas básicas, según explica la profesora Ribotta:<sup>154</sup> la primera, si la igualdad es algo realmente deseable, y la segunda, si la respuesta al anterior cuestionamiento fue afirmativa, qué clase de igualdad sería deseable.

Ahora bien, las posturas que consideran que la igualdad es deseable pueden enmarcarse dentro de las alternativas igualitarias, que bien pueden dividirse en dos grandes grupos: las que proponen distribuir igualitariamente y las que proponen hacerlo estableciendo prioridades.<sup>155</sup>

Dentro del primer grupo se encuentran diversos enfoques sobre la igualdad basal, es decir, sobre la igualdad de alguna característica individual que se toma como básica para una u otra concepción de la justicia social; estas posturas se preocupan por identificar qué aspecto de la igualdad es el más relevante. De esta forma, se pueden identificar posiciones teóricas que defienden desde el utilitarismo hasta la igualdad de oportunidades, la de bienes primarios, de recursos, de necesidades satisfechas, de bienestar, de oportunidades para el bienestar, de capacidades, de posibilidades para el ejercicio de la libertad, etc.<sup>156</sup> Algunos rasgos generales se enuncian a continuación.

La postura utilitarista o bienestarista entiende que debe lograrse igualdad en la maximización de alguna forma de bienestar, es decir, se prioriza la satisfacción de alguna o algunas necesidades sociales. El utilitarismo considera, en términos generales,

---

<sup>154</sup> Silvina RIBOTTA, “Cómo repartir recursos en términos de derechos sociales: ¿igualdad o prioridad?”, en Ribotta, Silvina y Rossetti, Andrés (ed.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la Justicia*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 265 y 266.

<sup>155</sup> *Ibid.*

<sup>156</sup> Silvina RIBOTTA, “Igualdad de qué”, en *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, p. 119 y ss. La profesora Ribotta ubica dentro de la igualdad de bienes a autores como Rawls y a Dworkin, dentro de la igualdad de oportunidades a Sen, y en la igualdad de oportunidades para el bienestar a Cohen y Arneson.

que un acto es correcto cuando maximiza la felicidad general. Se critica esta postura en la medida que no tiene en cuenta las desigualdades de los seres humanos ni sus individualidades.<sup>157</sup>

Las tesis que defienden la igualdad de bienes para garantizar a las personas el desarrollo de sus planes de vida hacen énfasis en la distribución de los bienes primarios sociales, que en contraposición a los bienes primarios naturales que acompañan a cada persona desde su nacimiento (talentos, salud, inteligencia), son aquellas cosas que quiere toda persona racional e incluyen derechos, libertades, oportunidades, ingresos, riqueza, y los fundamentos sociales de la propia estima.<sup>158</sup> Como son distribuidos por las instituciones sociales, su reparto debe realizarse desde una posición originaria de ignorancia, en la que las personas elegirían distribuirlos igualitariamente y escogerían determinados principios de justicia para lograr una sociedad justa.

Precisamente para Dworkin, desde la teoría liberal comprehensiva, una sociedad solo será justa si se construye sobre el principio de *igual consideración*, que a la vez se cimenta en dos principios fundamentales del individualismo ético: el de igual importancia y el de responsabilidad especial. Estos consisten, en palabras del autor, en lo siguiente:

“el principio de igual importancia: desde un punto de vista objetivo, es importante que las vidas humanas tengan éxito y que no se desperdicien, y esto es igualmente importante, desde ese punto de vista objetivo, para cada vida humana. El segundo es el principio de responsabilidad especial: aunque todos tengamos que reconocer la importancia objetiva equitativa de que una vida humana tenga éxito, sólo una persona tiene la responsabilidad especial y última de ese éxito: la persona de cuya vida se trata.”<sup>159</sup>

Para Dworkin los funcionarios del Estado deben tratar de manera imparcial y objetiva a todos los ciudadanos, y esto debe verse reflejado en las leyes y políticas gubernamentales, y la forma de hacerlo es precisamente a través de los principios

---

<sup>157</sup> Roberto GARGARELLA, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 21-30 y 70-75. Dichas críticas provienen principalmente de autores como Rawls y Dworkin, quienes plantean, con algunas diferencias en sus criterios claro está, la igualdad de bienes primarios sociales para garantizar a las personas el desarrollo de sus planes de vida.

<sup>158</sup> Amartya SEN, “¿Igualdad de qué?”, en McMurrin, S. (ed.), *Libertad, Igualdad y Derecho. Las Conferencias Tanner sobre Filosofía Moral*, trad. de G. Valverde Gefaell, Ariel, Barcelona, 1988, p. 148.

<sup>159</sup> Ronald DWORKIN, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 15.

aludidos. La igualdad de consideración es entonces para este autor la “virtud especial e indispensable de los soberanos”<sup>160</sup>.

Su propuesta, expuesta con brevedad, es que la forma de lograr el igual tratamiento a todos los ciudadanos sea a través de la igual repartición de recursos, pero no como la dispensa incondicional de ciertos bienes básicos para la vida humana, sino que se debe establecer un mecanismo híbrido de reparto basado en la diferencia entre *recursos personales y recursos impersonales*.

Por los primeros entiende la personalidad en sentido amplio: carácter, convicciones, preferencias, motivaciones, gustos y ambiciones, y sus recursos personales propiamente dichos: salud, fortaleza y talento; por los segundos, las oportunidades legales y de otro tipo (por ejemplo riqueza, poder político).<sup>161</sup>

En este sentido, propone que una comunidad política debe buscar erradicar o mitigar las diferencias de los individuos en razón de los recursos personales propiamente dichos, bien sea por la presencia de una discapacidad o por no tener la capacidad para obtener ingresos satisfactorios, pero no debería compensar las diferencias relacionadas con la personalidad en sentido amplio, p.e. ambiciones y gustos caros.<sup>162</sup>

El mecanismo híbrido supone entonces que la igual repartición de recursos se realice a través de subastas hipotéticas de *bienes y servicios* y un sistema residual de mercado de seguros y estructuras legales para situaciones no cubiertas por el primero. La subasta permite a los individuos satisfacer sus necesidades de acuerdo con sus propios intereses, en un mercado económico en el que se han establecido los precios por un subastador hipotético y en el que cada individuo cuenta con igual posibilidad de pujar por aquellos<sup>163</sup>.

Estas teorías a su vez han sido criticadas por Amartya Sen,<sup>164</sup> quien concibe la igualdad en relación con las capacidades básicas para que las personas puedan hacer o ser lo que elijan, pues reconoce que no basta con un reparto igualitario de bienes, si las personas tienen diferentes potencialidades, intereses y límites. Así por ejemplo, parecería

---

<sup>160</sup> Íd., p. 16.

<sup>161</sup> Íd., p. 309-310.

<sup>162</sup> Ibid.

<sup>163</sup> Íd., p. 75-81, 309-310.

<sup>164</sup> Amartya SEN, “¿Igualdad de qué?”, Op. Cit., p. 148. En el mismo sentido Roberto GARGARELLA, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Op. Cit., p. 76-79.

ser igualitario que un padre divida en partes iguales una herencia a sus hijos, pero si se tiene en cuenta que uno de ellos tiene una discapacidad, la igualdad ya no parece tan igual.

Para Sen ya no importa tanto el reparto de bienes mismo, sino las diversas capacidades de las personas y cómo estas las utilizan para transformar los bienes o recursos en libertades. Entonces para la igualdad de oportunidades para el bienestar, esta debe medirse en términos no de la simple repartición matemática, sino de la situación de las personas y sus posibilidades reales de obtener la satisfacción de sus necesidades por sus propios medios y de acuerdo con sus capacidades y talentos.

Sostiene Dworkin que la propuesta de Sen (y la de Cohen) no sería más que la suya con variaciones lingüísticas y más ambigüedad, pues considera que las capacidades no son otra cosa diferente a recursos personales e impersonales.<sup>165</sup> Considero que el error de Dworkin se encuentra en no profundizar lo suficiente en la razón de la diversidad de recursos personales propiamente dichos de un individuo a otro, y esto puede deberse precisamente a que su postura parte del individualismo ético, que adolece del elemento *relacionalidad*.

Como se verá adelante, en el presente texto se aboga por un equilibrio entre lo comunitario y lo individual, pues no de otra forma es posible entender al ser humano en su real dimensión, y en consecuencia, esta resulta ser la mejor forma de contextualizar los valores fundantes de los derechos, pues ninguna fundamentación estaría bien planteada si se basa solo en un valor, o una faceta de este, excluyendo a los demás, consciente o inconscientemente.

De acuerdo con lo anterior, le asiste razón a Dworkin en cuanto a diferenciar los recursos para poder implementar medidas que maten la igualdad en términos de desigualdad, sin embargo, su análisis resulta bastante miope a la pobreza como fenómeno colectivo pues se centra en esta como la falta de capacidad de los individuos de obtener ingresos, y no en un problema de cómo en verdad se reparte el poder político en una comunidad, y en consecuencia, cómo se establecen las relaciones económicas.

Por tal razón no puedo estar de acuerdo por completo con afirmaciones de Dworkin como la siguiente: “La igualdad sin matices, indiscriminada, no sólo es un

---

<sup>165</sup> Ronald DWORKIN, *Virtud soberana*, Op Cit., p. 310.

valor político débil, o que puede ser anulado fácilmente por otros valores; no es un valor en absoluto: no se puede estar a favor de un mundo en el que se recompensa a los que eligen una vida de ocio, aunque puedan trabajar, con el producto de los industriales.”<sup>166</sup> Sería muy provechoso que el filósofo revisara quiénes son los ociosos que reciben recompensa no solo en clave de pobres, sino también de ricos, pues ambos ociosos son igualmente reprochables, lo contrario sería permitir un doble estándar filosófico.<sup>167</sup>

Retomando la cuestión de la clasificación de las propuestas igualitarias, dentro del segundo grupo de alternativas se encuentran las propuestas de distribución prioritaristas. Se puede decir, en líneas generales, que estas se decantan por establecer prioridades para quienes estén peor en una determinada situación, o para quienes tienen las necesidades más urgentes.<sup>168</sup> No se ahondará más en este tema, pues aunque tremendamente interesante, no es el único que atañe analizar en estas páginas.

Solo resta dedicar unas líneas de reflexión a lo expuesto, pues por una parte, la igualdad formal se presenta como indispensable a los derechos fundamentales, ya que la creación de legislación como su aplicación deberán respetar dicho valor. Ahora bien, una de las facetas de difícil concreción de la igualdad es precisamente la de la igualdad

---

<sup>166</sup> *Íd.*, p. 12.

<sup>167</sup> En este sentido resulta relevante anotar las palabras de Paulo Freire sobre los *mitos* necesarios para mantener el *statu quo*:

“El mito, por ejemplo, de que el orden opresor es un orden de libertad. De que todos son libres para trabajar donde quieran. Si no les agrada el patrón, pueden dejarlo y buscar otro empleo. El mito de que este ‘orden’ respeta los derechos de la persona humana y que, por lo tanto, es digno de todo aprecio. El mito de que todos pueden llegar a ser empresarios siempre que no sean perezosos y, más aún, el mito de que el hombre que vende por las calles, gritando: ‘dulce de banana y guayaba’ es un empresario tanto cuanto lo es el dueño de una gran fábrica. El mito del derecho de todos a la educación cuando, en Latinoamérica, existe un contraste irrisorio entre la totalidad de los alumnos que se matriculan en las escuelas primarias de cada país y aquellos que logran el acceso a las universidades. El mito de la igualdad de clases cuando el ‘¿sabe usted con quién está hablando?’ es aún una pregunta de nuestros días. El mito del heroísmo de las clases opresoras, como guardianas del orden que encarna la ‘civilización occidental y cristiana’, a la cual defienden de la ‘barbarie materialista’. El mito de su caridad, de su generosidad, cuando lo que hacen, en cuanto clase, es un mero asistencialismo, que se desdobra en el mito de la falsa ayuda, el cual, a su vez, en el plano de las naciones, mereció una severa crítica de Juan XXIII. El mito de que las elites dominadoras, ‘en el reconocimiento de sus deberes’, son las promotoras del pueblo, debiendo éste, en un gesto de gratitud, aceptar su palabra y conformarse con ella. El mito de que la rebelión del pueblo es un pecado en contra de Dios. El mito de la propiedad privada como fundamento del desarrollo de la persona humana, en tanto se considere como personas humanas sólo a los opresores. El mito de la dinamicidad de los opresores y el de la pereza y falta de honradez de los oprimidos. El mito de la inferioridad ‘ontológica’ de éstos y el de la superioridad de aquéllos.” (citas retiradas, énfasis añadidos). Paulo FREIRE, *Pedagogía del oprimido*, Madrid, Siglo XXI, 2016 [1970], p. 142-143.

<sup>168</sup> Silvina RIBOTTA, “Cómo repartir recursos en términos de derechos sociales: ¿igualdad o prioridad?”, *Op. Cit.*, p. 265 y 274. Se sugiere acudir a esta referencia para un análisis detallado de los diferentes grupos de enfoques según si orientan más a los fines –teleológicos- o a la cuestión moral –deontológicos-, tanto con relación a los igualitaristas como a los prioritaristas.

material, que visto el panorama teórico presenta una multiplicidad de puntos de vista, unas veces excluyentes, otras complementarios. Lo importante es no perderse en la diversidad de pensamientos sobre lo que sería justo y lo que no, y aprovecharlos como herramientas a la hora de formular normas y políticas públicas con relación a los diversos temas de derechos fundamentales, pero en especial, en lo que atañe a temas de pobreza.

No puedo entonces sino concordar con la profesora Ribotta cuando señala que “no es la naturaleza -o no sólo ella- la que realmente distribuye recursos y, con ellos, la posibilidad de obtener determinado estado de salud y dotación de talentos, sino las estructuras sociales, políticas, culturales y económicas en las cuales las personas estén situadas.”<sup>169</sup>

Queda claro entonces que uno de los problemas de realización de los derechos fundamentales, y de los derechos sociales en particular, es el de la prevalencia de alternativas no igualitarias como ideas sobre igualdad y distribución de recursos que predominan en determinado sistema jurídico. Con esto solo se quiere poner de manifiesto que aún cuando existe una norma positiva y explícita, las ideas políticas de quienes gobiernan parecen primar, aún por encima de la ley.

Puede ser una verdad de Perogrullo lo aquí expresado, pero sirve para pensar que se debe reconducir el problema de exigibilidad de derechos fundamentales hacia la explicitación de que ciertas políticas o formas de pensar políticas son contrarias a las normas vigentes, en especial a las constitucionales, y que por ende no son aceptables si vienen en forma de hechos o políticas públicas de parte de los gobiernos de turno. Ahora bien, puede presentarse el caso contrario, en que los gobiernos de turno defiendan ideas y alternativas igualitarias, pero el problema entonces deberá reconducirse a cuán coherente es el discurso con la realidad –fáctica y jurídica-. En ambos casos se debe empezar a hablar de exigibilidad política, pues tanto es inaceptable una política no alineada con la igualdad o los demás valores fundantes de los derechos, como una que esté alineada pero no sea efectiva.

---

<sup>169</sup> Id., p. 271.

No se trata ahora tanto de elegir uno u otro modelo político, por lo menos en sistemas más o menos democráticos, sino en fijarse más en detalle en cómo una u otra postura están administrando el Estado y consecuentemente realizando o no los derechos fundamentales. Recordando lo dicho por Albert Calsamiglia<sup>170</sup> “las concepciones de la igualdad defienden modelos distintos de legitimación de una sociedad y unas deben ser preferibles a otras”, de esta forma, aquellas concepciones no acordes con los derechos fundamentales deberían ser desechadas por antijurídicas, para lo cual se requiere evaluar con qué mecanismos y herramientas jurídicas se cuenta en la actualidad para poder hacer exigible la política, pero este tema se tratará con mayor detalle más adelante.

Por lo pronto, se debe concluir este punto recordando que el tema de la igualdad no debe tomarse a la ligera, en especial, si se tienen en cuenta los graves problemas de pobreza que aún acucian a la humanidad se están agravando, baste con ver cifras como que de 43060 corporaciones transnacionales en el mundo, solo una *súper-élite* de 147 tienen el 4/10 del control sobre el valor económico del total de aquellas<sup>171</sup>, o que el 60% de la población mundial apenas recibe el 5.6% de la riqueza,<sup>172</sup> o que el coeficiente de Gini para Colombia en el 2013 fue de 0,54<sup>173</sup>, mientras para España ascendió a 0.34 en 2011 y a 0,35 en 2012<sup>174</sup>, o que “En Colombia, el 10% de los hogares más ricos percibe más del 40% de los ingresos laborales, en tanto que el 90% obtiene el 60% restante (Sedlac-BM, 2010)”<sup>175</sup>, y así se podría continuar durante páginas, pero es importante continuar con el análisis de la solidaridad.

---

<sup>170</sup> Albert CALSAMIGLIA, “Sobre el principio de igualdad”, en Javier Muguerza, et. al., *El fundamento de los derechos humanos*, Op. Cit., p. 98.

<sup>171</sup> Stefania VITALI, James B. GLATTFELDER, Stefano BATTISTON, “The Network of Global Corporate Control”, en *PLoS ONE*, Vol. 6, Issue 10, Oct., California, 2011, p. 4.

<sup>172</sup> “La pobreza se sirve en una copa de Champaña”, *El Espectador*, Bogotá, 15 de junio de 2012 <http://www.elespectador.com/noticias/actualidad/vivir/pobreza-se-sirve-una-copa-de-champana-articulo-353398>

<sup>173</sup> “Se amplía brecha entre ricos y pobres”, *Portafolio*, Bogotá, 11 de septiembre de 2014 <http://www.portafolio.co/opinion/redaccion-portafolio/analisis-amplia-brecha-ricos-pobres-58624> El coeficiente de Gini mide el grado de desigualdad en una escala de 0 a 1, donde 1 es la extrema desigualdad.

<sup>174</sup> OXFAM INTERMON, “Gobernar para las élites. Secuestro democrático y desigualdad económica: Reflexiones sobre España” en <https://www.fundacionsistema.com/wp-content/uploads/2018/01/Gobernar-para-las-%C3%A9lites!-Informe-sobre-Espa%C3%B1a.pdf> En el informe también se indica que “el IRPF, que aporta más del 40% de los ingresos tributarios del Estado, se nutre en un 85% del gravamen a los rendimientos del trabajo, frente al 8% del referido a las rentas del capital y el 7% del correspondiente a los beneficios de las actividades empresariales y profesionales.”

<sup>175</sup> “Se amplía brecha entre ricos y pobres”, *Portafolio*, Op. Cit.



### c) Solidaridad

Este el tercer valor al que se hará referencia, y que, como se verá más adelante, completa una tríada junto con la libertad y la igualdad, al tiempo que constituye su contrapeso. Como se verá adelante, es usual confundir la solidaridad con la caridad, pero ello es más un resultado de la evolución histórica de la concepción de este valor, aunque aún hoy en día existen posturas como la de Eusebio Fernández,<sup>176</sup> que llaman a mantenerla como una virtud pública, y por ende, no exigible jurídicamente, cuestión que resulta adecuada para el tema de la educación en derechos, pero no suficiente si se la traslada al campo político y jurídico.

Contrario a lo que se pueda pensar, el concepto de solidaridad no es ajeno al mundo del Derecho, y así se puede evidenciar si se observa su evolución histórica. El antecedente remoto de la solidaridad puede encontrarse en la expresión latina *in sólidum* que significa integral, totalidad, el todo. En este sentido es usada por ejemplo por Cicerón (106-43 a.C.), y así aparece en los primeros textos del *Digesto*, aludiendo a relaciones solidarias; del derecho romano pasará a Europa a través de los romanistas (Savigny, Windscheid, Keller, V. Ribbentrop) y de los civilistas e iusprivatistas (Planiol, Ripert, Bonnet, Ferrara, Messineo, Castán), como categoría de las obligaciones, en que hay unidad del vínculo obligatorio y pluralidad de sujetos obligados.<sup>177</sup>

Otro antecedente que se debe tener en cuenta es la doctrina aristotélica de la *filía* (amistad), que, explica Javier de Lucas, anticipa algunas características de la solidaridad: una cierta igualdad mutua, junto con la comunidad de empresas y quehaceres que supone un sujeto plural: un *nosotros*.<sup>178</sup> Sin embargo, el concepto no era exclusivo del pensamiento occidental, el pensador árabe Ibn Khaldun (1332-1406) incluyó en su obra *Mugaddimah: Una introducción a la historia* (1377), la noción de *Assabiyah*, como “sentimiento de grupo que supone afecto mutuo y disposición a combatir y luchar unos

---

<sup>176</sup> Eusebio FERNÁNDEZ, “Solidaridad”, en Gregorio Peces-Barba, et. al., *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*, Espasa, Madrid, 2007, p. 142.

<sup>177</sup> Javier de LUCAS, *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México D.F., 1993, p. 15. En sentido similar, Fredys Orlando SORTO, “La compleja noción de solidaridad como valor y como Derecho: la conducta de Brasil en relación a ciertos Estados menos favorecidos”, en Mario Losano (ed.), *Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis*, IDHBC/Dykinson, Madrid, 2011, p. 104

<sup>178</sup> Javier de LUCAS, *El concepto de solidaridad*, Op. Cit., p. 16.



por otros”<sup>179</sup>. Para él la solidaridad nace bajo el influjo de la compasión y el afecto que el individuo siente hacia sus parientes, y ésta implica el auxilio mutuo, pero además, es un elemento que puede llegar a inspirar temor al enemigo. La solidaridad en entonces un vínculo fundamental de la sociedad humana y su fuerza motriz básica.<sup>180</sup>

La idea de solidaridad continuó acompañando a la humanidad durante varios siglos, pero con un ropaje diferente: como la virtud teológica de la *caridad* con el cristianismo, y posteriormente con la *fraternidad* de la Revolución Francesa. Haciendo un símil de la libertad de los antiguos y de los modernos de Benjamin Constant, el profesor Peces-Barba<sup>181</sup> explicaba que se puede distinguir la solidaridad de los antiguos como la *pietas* o caridad, es decir una virtud privada, de la solidaridad de los modernos como valor fundante, o virtud pública. En el segundo caso, la fraternidad es introducida como lema de la Revolución francesa, entendiéndola como sinónimo de hermandad y extensión de amistad; y de acuerdo con Fredys Sorto, en la trilogía *Liberté, Egalité, Fraternité*, esta última representa el contrapunto a los dos primeros que son derechos, pues personifica el lado de los deberes.<sup>182</sup>

En los inicios del siglo XIX es cuando el término adquiere una connotación más amplia y se incluye como tema en la filosofía y la política, esto de manos de Pierre Leroux (1797-1871), quien construyó su teoría alrededor de este concepto, por ejemplo, antes de la revolución de 1848 propuso una constitución democrática y social fundada en la solidaridad<sup>183</sup> y específicamente en su obra *La Grève de Samarez, poème philosophique* de 1863, se atribuye a sí mismo la moderna paternidad del concepto, indicando que él tomó la caridad del cristianismo y la transformó en un concepto político laico.

En opinión de Fredys Sorto,<sup>184</sup> Leroux toma el contenido de la virtud cristiana de

---

<sup>179</sup> Íd. p. 16.

<sup>180</sup> Fredys Orlando SORTO, “La compleja noción de solidaridad...”, Op. Cit., p. 101.

<sup>181</sup> Gregorio PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, Op. Cit., p 261 a 282.

<sup>182</sup> Fredys Orlando SORTO, “La compleja noción de solidaridad...”, Op. Cit., p. 100.

<sup>183</sup> Mario LOSANO, “La cuestión social y el solidarismo francés: actualidad de una antigua doctrina”, en Mario Losano (ed.), “Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis”, Op. Cit., p. 17.

<sup>184</sup> Fredys Orlando SORTO, “La compleja noción de solidaridad...”, Op. Cit., p. 104 y 102. El autor indica “Leroux se vanagloriaba de haber transformado el contenido jurídico heredado del derecho romano en un significado político y social moderno, trayendo directamente el vocablo del cristianismo a la Política y la Filosofía. En la obra *De l’Humanité*, da cuenta de esa transformación de la caridad en nuevo concepto con estas palabras: ‘Lo que se entiende hoy por caridad es la solidaridad mutua de los hombres’ (1840, p. 196). Si por un lado la palabra caridad está vinculada en su origen a la religión, por otro Leroux busca laicizar el

la caridad y lo articula con la noción de solidaridad, para reemplazar la *fraternité* de la Revolución Francesa, y de esta forma, introduce un concepto filosófico y político mediante el cual se incluye una forma ética, práctica y laica de prestar asistencia a quien la necesita. El profesor Mario Losano<sup>185</sup> explica que el propósito de Leroux era sustituir estos dos conceptos: (i) la caridad cristiana, por ser aleatoria y no poder basar en ella la liberación de la sociedad; (ii) la fraternidad, por ser demasiado sentimental.

Leroux hacía parte de una corriente de pensamiento socialista no comunista que se desarrolló en Francia antes de la revolución de 1848 (en contraste con el comunismo revolucionario de la época), y en donde se podía encontrar también a Saint-Simon, a Fourier, a Louis Blanc y a Proudhon.<sup>186</sup> Adicionalmente, la idea de *solidaridad* se vio beneficiada por la recepción de las tesis de Darwin en las ciencias sociales, pues se consideraba que si los miembros del cuerpo eran solidarios entre sí, los miembros individuales de la sociedad también deberían serlo.<sup>187</sup>

El pensamiento solidarista no tardó en extenderse ya que resultaba atractivo para la época, pues era un movimiento de investigación dedicado a indagar por una posible *tercera vía*, diferente al individualismo capitalista y al colectivismo comunista, que permitiera una forma de convivencia social diferente.<sup>188</sup>

Los Siglos XVIII y XIX se caracterizaron por el antagonismo de las corrientes liberal (conservadora) y socialista, por ello, resulta especialmente interesante el desarrollo de corrientes moderadas como la de Louis Blanc (y el socialismo jacobino), que desempeñó un rol fundamental en la concepción y desarrollo de los derechos sociales. Esencialmente, el socialismo jacobino revalorizó la *fraternité* de la revolución francesa en términos de *asociación*, por ello, este movimiento resaltaba tres acepciones de esta última: (i) el derecho a las asociaciones políticas; (ii) las asociaciones de producción o cooperativas – como alternativa a la propiedad privada de los medios de producción; y (iii) como sinónimo de fraternidad. Este último sentido fue quizás el aporte más relevante del socialismo jacobino, y del S. XIX, pues se revalorizó la fraternidad como principio de organización de las relaciones sociales, económicas y

---

concepto.” (p. 102).

<sup>185</sup> Mario LOSANO en “La cuestión social y el solidarismo francés...”, Op. Cit., p. 19.

<sup>186</sup> Íd., p. 17.

<sup>187</sup> Íd. p. 18.

<sup>188</sup> Íd. p. 20, 21.

políticas, es decir, como principio político.<sup>189</sup>

Al revisar las fuentes de inspiración del socialismo de Blanc – el jacobinismo, el cooperativismo y el humanitarismo – se puede dimensionar el influjo que la idea de fraternidad tuvo en el Siglo XIX. En especial si se mira el humanitarismo o romanticismo social, se puede entender cómo la preocupación por los pobres y el espíritu de fraternidad nacido en la literatura utópica de los siglos XVI y XVII y en la Ilustración<sup>190</sup>, perdura y tiene feliz desenlace. Explica Jesús González Amuchastegui<sup>191</sup> que el humanitarismo, propio del espíritu revolucionario de 1848 – *quarante-huitard*, se caracterizó por ser un movimiento intelectual romántico basado en la imaginación, el lirismo, en la creencia en el progreso, en la fe en el pueblo y en la piedad universal. Su importancia radica en que inspiró tanto a artistas y literatos, como a políticos, reformadores sociales, filósofos, historiadores, entre otros, y estos se influyeron entre sí.<sup>192</sup>

El humanitarismo o romanticismo social creía en la perfectibilidad del género humano y trabajaba por el perfeccionamiento del mismo, era optimista y confiaba en el avance de la sociedad hacia la felicidad y la justicia, deseaba trabajar por la humanidad entera, y era el contrapeso a una burguesía corrupta y decadente; por ello los ídolos de 1848 – fraguados desde 1830 – eran el pueblo y el futuro.<sup>193</sup> Como se observa, un movimiento intelectual de tal índole solo puede haber basado sus ideas en una concepción fuerte de la sociabilidad y en una antropología positiva de las relaciones sociales y el ser humano.

Esto explica que el uso de la solidaridad como categoría conceptual no se detuviese en el Siglo XIX, y que uno de los hijos del humanitarismo fuese precisamente quien continuara su estudio. Durkheim (1858-1917), heredero de las tradiciones saint-

---

<sup>189</sup> Jesús GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, *Autonomía, dignidad y ciudadanía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 511.

<sup>190</sup> Gregorio PECES-BARBA, “Los derechos económicos, sociales y culturales: apuntes para su formación histórica”, en *Historia de los derechos fundamentales, Tomo III, Siglo XIX, Volumen II. Libro I (La filosofía de los derechos humanos)*, Dykinson / IDHBC, Madrid, 2007, p. 435.

<sup>191</sup> Jesús GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, “Louis Blanc y la concepción socialista jacobina de los derechos humanos”, en *Historia de los derechos fundamentales, Tomo III, Siglo XIX, Volumen II. Libro II (La filosofía de los derechos humanos)*, Dykinson / IDHBC, Madrid, 2007, p. 919-922.

<sup>192</sup> *Id.*, p. 921. González Amuchastegui indica a guisa de ejemplo a Víctor Hugo, Leroux, Blanc, Vidal, Quinet, Esquiros, George Sand.

<sup>193</sup> *Id.*, p. 922.

simoniana y darwinista,<sup>194</sup> acudió a ella, explicándola como *hecho social*, que consiste en el consenso espontáneo de las partes del todo social.<sup>195</sup> Durkheim utiliza la solidaridad como elemento explicativo de la evolución social y jurídica e indica que hay dos tipos de solidaridad positiva, que se pueden distinguir por tres cualidades:

“1. La primera une al individuo directamente con la sociedad, sin ningún intermediario. En la segunda él depende de la sociedad, porque depende de las partes que la componen.

2. La sociedad no se ve en la misma perspectiva en los dos casos. En el primero, lo que llamamos ‘sociedad’ es una totalidad más o menos apretadamente organizada de creencias y sentimientos comunes a todos los miembros del grupo: es el tipo colectivo. En contraste, la sociedad a la que estamos vinculados en la segunda instancia es un sistema de funciones diferenciadas y especializadas unidas en relaciones definidas. Estas dos sociedades, en realidad forman una sola: no son más que dos aspectos de una y la misma realidad, sin embargo, deben ser distinguidas.

3. De esta segunda diferencia surge otra que nos ayuda a caracterizar y dar nombre a dos clases de solidaridad.”<sup>196</sup>

Estas dos clases de solidaridad a las que alude en la tercera cualidad son justamente las renombradas: solidaridad *mecánica* y *orgánica*. La solidaridad mecánica es aquella que existe en sociedades o grupos sociales en que la interdependencia se basa en la similitud o identidad de las personas que los componen; en la orgánica, la interdependencia se basa en la complejidad, en la diferenciación que resulta de la división del trabajo.<sup>197</sup>

Durkheim explica que la utilización de los términos *mecánica* y *orgánica* responde a “[la] analogía con la cohesión que une los elementos de un cuerpo inorgánico, en contraste con la que forma una unidad fuera de los elementos del cuerpo viviente.”<sup>198</sup> Por esta razón compara los lazos de la solidaridad mecánica de un individuo con la sociedad con el que une una cosa a una persona, mientras que los de la solidaridad orgánica son comparables con los órganos del cuerpo humano, que son

---

<sup>194</sup> Javier de LUCAS, *El concepto de solidaridad*, Op. Cit., 16-17. Explica el profesor de Lucas que en sociología hay dos tradiciones: la de Saint-Simon y Fourier, que abordan la sociología orgánica, y la de Darwin, Spencer y Espinas, que hablan del organicismo social.

<sup>195</sup> Javier de LUCAS, *El concepto de solidaridad*, Op. Cit., p. 18.

<sup>196</sup> Emile DURKHEIM, *Escritos selectos*; introducción y selección de Anthony Giddens, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1993 [1972], p. 139. El texto original del autor seleccionado por Giddens para la compilación es *De la división du travail social* (7ª ed.) del año 1960.

<sup>197</sup> *Íd.*, p. 140.

<sup>198</sup> *Ibid.*

diferentes entre sí pero se coordinan para funcionar en conjunto.<sup>199</sup>

El trabajo de Durkheim explica la evolución de las sociedades humanas y consecuentemente del Derecho con que estas regulan sus relaciones, a partir de uno u otro tipo de solidaridad, e incluye la división del trabajo como categoría transversal que explica el paso de las sociedades arcaicas a las modernas, a partir del papel que desempeña el individuo en su grupo social. Las sociedades arcaicas se caracterizaban por su reducido número de miembros, por ejemplo, los clanes o tribus, de allí que la relación entre individuo y grupo sea directa; en contraposición, las sociedades modernas son numerosas y la división del trabajo es fundamental para la supervivencia de la especie humana, por lo que la relación entre los individuos y el todo social ya no puede ser directa, y entonces surgen estructuras intermediarias entre aquéllos y el grupo.<sup>200</sup>

En el siguiente esquema Javier de Lucas sintetiza la relación entre los dos tipos de solidaridad y la evolución consecuente del Derecho:

Ilustración 2  
La solidaridad y la evolución del Derecho

Tipo Social	Solidaridad	División del Trabajo	Derecho	Sanción	Relación Todo Social – Individuo Singular
(1) Arcaico	Mecánica	Nula o rudimentaria	Represivo	Expiatoria	Directa
(2) Moderno	Orgánica	Especialización	Cooperativo	Restitutiva	A través de intermediarios
	(desarrollo de funciones individuales)				
Fuente: Javier de Lucas <sup>201</sup>					

Ahora bien, es importante destacar que la división del trabajo no es explicada como un fenómeno espontáneo por el sociólogo y filósofo francés, sino que está relacionada con el crecimiento poblacional, en sus palabras: “Si el trabajo progresivamente se divide a medida que las sociedades se vuelven más voluminosas y

<sup>199</sup> Ibid.

<sup>200</sup> Íd., p. 141-142.

<sup>201</sup> Javier de LUCAS, *El concepto de solidaridad*, Op. Cit., p. 78-79. La última columna no aparece en el diagrama original, pero se incluyó por su pertinencia en el mapa conceptual.

densas, no es porque las circunstancias externas sean más variadas sino porque la lucha por la existencia es más aguda.”<sup>202</sup> (Énfasis añadido)

De esta forma es posible evidenciar que la solidaridad guarda una estrecha relación con la forma en que se conciben y fundamenten los derechos, pues por una parte explica el origen de los cimientos mismos de las sociedades civilizadas o el para qué los seres humanos estamos unidos, y de otra, justifica moralmente por qué debemos seguirlo.

Es además relevante establecer un nexo entre la solidaridad y la satisfacción de necesidades básicas, pues en sociedades cada vez más evolucionadas tecnológicamente, la división y especialización del trabajo será también mayor, por lo que los individuos ya no podrán satisfacer por sí mismos sus necesidades existenciales como lo hicieran los seres humanos de las sociedades arcaicas.

Si bien luego de Durkheim la solidaridad como categoría científica es abandonada,<sup>203</sup> su trabajo permite también entender por qué la solidaridad en los Siglos XX y XXI no se percibe como algo tan relevante en el campo político, pues las sociedades humanas más que en cualquier otro periodo histórico se caracterizan ya no por la división del trabajo, sino por la división especializada del trabajo, lo que explica que las relaciones entre individuo y todo social se encuentren profundamente intermediadas, y la solidaridad orgánica esté tan arraigada en las estructuras sociales, jurídicas y políticas, que para percibirla en ciertos casos sea usual apoyarse en otras categorías como la caridad.

No se ahondará más en este aspecto, pues corresponde más bien a la sociología y las teorías que explican la cohesión de los grupos humanos, tema que no hace parte del trabajo en desarrollo, pero vale la pena indicar como último punto de este apartado, que lo anterior permite pensar que tal vez uno de los problemas que se presentan a la hora de formular la solidaridad como principio político, sea la comprensión incompleta, o cuando menos parcializada de este valor, producto del paradigma liberal-conservador con que se formularon inicialmente los derechos fundamentales, y consecuentemente el diseño institucional de las sociedades modernas y del Estado. Esta situación, perpetuada

---

<sup>202</sup> Emile DURKHEIM, *Escritos selectos*, Op. Cit., p. 152.

<sup>203</sup> Javier de LUCAS, *El concepto de solidaridad*, Op. Cit., p. 19.

en el tiempo, ahora actúa como una especie de venda que nos impide ver algo que siempre ha estado ahí.

Esto invita a retomar la idea de la solidaridad, parafraseando la expresión de Benjamin Constant, según se trate de la de *los antiguos* o de *los modernos*, pues la primera se quedaría en el ámbito privado de las personas y no es, ni podría, ser convertida en deber jurídico. La solidaridad de los modernos, entendida, como valor público, supone que sí se puede exigir un actuar social del ser humano, tomando en cuenta además que se trata de un valor instrumental a la igualdad, y no de una cuestión de simple empatía y buen corazón.

Explicaba el profesor Peces-Barba,<sup>204</sup> que la solidaridad es un valor relacional, que vivifica y completa la libertad y la igualdad, que tiene su ámbito de acción propio que explica los derechos como por ejemplo el de vivir en un medio ambiente sano, y que explica las actitudes ante los derechos.<sup>205</sup> De hecho, explicaba que la configuración actual de este valor fundante reposa en la herencia con que se ha construido desde las aportaciones liberal, democrática y socialista, y que se ha traducido política y jurídicamente en el Estado social de Derecho<sup>206</sup>. Él identificaba el sentido de este valor superior en los siguientes postulados:<sup>207</sup>

a) Incide en la organización jurídica y política de la sociedad, pues influye en la concepción del otro como *prójimo* y como parte de la comunidad. En ese orden de ideas, es fundamento de la tolerancia y pluralismo.

b) Supone el reconocimiento de la realidad del otro y la asunción de sus problemas no como ajenos, sino solucionables a través de la intervención de los poderes públicos.

c) Contribuye al diálogo pacífico para la construcción colectiva de proyectos morales que deben ser elevados a ley general.

d) Permite entender la dimensión de los deberes jurídicos propios, de terceros y

---

<sup>204</sup> Ver el exhaustivo estudio del autor sobre la evolución histórica de la solidaridad social en Gregorio PECES-BARBA, “Humanitarismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada”, en Rafael de Lorenzo García (edit.), *Las entidades no lucrativas de carácter social y humanitario*, La Ley, Madrid, 1991, p. 15-62.

<sup>205</sup> Gregorio PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 262.

<sup>206</sup> Gregorio PECES-BARBA, “Humanitarismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada”, p. 57.

<sup>207</sup> Gregorio PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 279 a 282.

del Estado para la realización de los derechos de los demás, inclusive para dejar espacio a que las generaciones futuras puedan gozar de derechos.

e) Es el fundamento de nuevos derechos y permite evidenciar qué colectivos de personas necesitan especial protección.

f) Explica adecuadamente la idea de *humanidad*, con lo que se puede fomentar el diálogo intercultural y superar el eurocentrismo del discurso de los derechos humanos.

g) Es un instrumento clave para la interpretación y aplicación de los derechos. Esto debido a que una interpretación absoluta y egoísta de un derecho interrumpe el ejercicio de otros, por ejemplo, la libertad de expresión por encima de la intimidad de las personas; así, un uso solidario de los derechos permite ser más respetuoso de los derechos ajenos.

Como se observa, la solidaridad es un valor que explica los derechos fundamentales en clave relacional, pues uno de los problemas que acompañan a la teoría de los derechos fundamentales, es la herencia de la ilustración del individualismo exacerbado y el relegar la idea de *deber*.

Indicaba Carlos Santiago Nino<sup>208</sup> al respecto, que la mera enunciación de los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona no resuelve los problemas relacionados con la implementación de los derechos individuales básicos, es decir, (i) los conflictos entre derechos y (ii) la determinación del alcance de los derechos, o sea, de los deberes que ellos fundamentan.

Se ha olvidado entonces, que parte del poder realizar los derechos fundamentales descansa en la idea básica de que una persona tiene derechos fundamentales inalienables, pero su vecino también, lo que implica la existencia de un deber recíproco de respetarlos so pena de anularlos. Este mismo deber le asiste al Estado.

Ahora bien, la sola mención de la palabra *deber* genera cierto escozor, y no puede ser de otra forma dado el uso que se hizo de esta figura en el pasado. En el *ancien régime* los individuos estaban asfixiados pues solo eran titulares de deberes para con el soberano, quien era la única persona que tenía derechos, por tal razón al ocurrir la Revolución Francesa no se quiere hablar de deberes y estos no se incluyen expresamente

---

<sup>208</sup> Carlos Santiago NINO, *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 305.



en las declaraciones de 1798 y 1793,<sup>209</sup> solo se hacen menciones genéricas, y solo se incluyen deberes en algunos artículos que tratan el ejercicio del poder público y de las funciones públicas (Preámbulo, Arts. 6º, 7º y 13 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; Arts. 9º, 30 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, entre otros).

Pero el abuso de la figura jurídica *deber* no se detuvo con la superación del *ancien régime*, el fascismo y el nazismo del Siglo XX le agregaron una connotación negativa adicional, pues los individuos que hicieron parte de estas sociedades debían cumplir los mandatos del líder, del *Führerprinzip*, que encarnaba al Estado mismo, y en la medida en que los individuos se identificaban con los valores representados por el Estado, podían disfrutar de libertades, no de otra forma. Esto último es aplicable también a los regímenes de extrema izquierda, en los que los individuos no existen fuera del conglomerado social, ni del Estado. Manifiesta Emilia Bea Pérez,<sup>210</sup> que es típico de las ideologías reaccionarias de cualquier signo realizar este tipo de condicionamientos de las libertades.

Bea Pérez<sup>211</sup> explica también que existen dos *relatos fundacionales* de nuestra comprensión actual de derechos humanos, ambos contemporáneos pero contrapuestos, el primero, el holocausto, que funda los derechos humanos desde el mal; el segundo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que los funda en positivo y por ello merece celebración. Ambos relatos están impregnados de sentimientos de gran intensidad ética, y la Declaración constituye una protesta contra la tiranía del Estado, por lo que contiene mínimas referencias a los deberes (Art. 1º y 29), y enfatiza los derechos universales e inalienables. La utilización que del *deber* hicieron los totalitarismos ha tenido como consecuencia que este tenga una carga emotiva negativa.

---

<sup>209</sup> En este sentido, Gregorio PECES-BARBA, “Los deberes fundamentales”, en *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 357. También Tommaso GRECO, “Antes el deber. Una crítica de la filosofía de los derechos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº XXVI, Ministerio de Justicia/ BOE/ Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 2010, p. 339.

<sup>210</sup> Emilia BEA PÉREZ, “Derechos y deberes. El horizonte de la responsabilidad”, en *Derechos y Libertades*, Nº 29, época II, junio 2013, UC3M – IDHBC/ Dykinson, Madrid, 2013, p. 63. En el mismo sentido, Gustavo ZAGREBELSKY, “Constitucionalismo”, en *Derechos y Libertades*, Nº 29, Op. Cit., p. 25; él indica que los regímenes totalitarios tenían una visión organicista, en la que no había sitio para los derechos y libertades, sino sólo para los deberes y las funciones.

<sup>211</sup> Emilia BEA PÉREZ, “Derechos y deberes”, Op. Cit., p. 58.

Adicionalmente, el deber fue utilizado en los juicios de Núremberg como excusa para las reprochables acciones de los individuos inmersos en la sociedad orgánica, jerarquizada y autoritaria del tercer Reich, en donde todas las decisiones dependían de las órdenes superiores, hasta llegar a la voluntad de Hitler, en la cúspide. Explica Bea Pérez<sup>212</sup> que en el proceso contra los juristas nazis fue donde especialmente se discutió la relación entre deber jurídico y deber moral, y donde la invocación del *deber* estuvo llena de trampas que condujeron a su descrédito.

Ahora bien, lo anterior explica por qué el rechazo a la idea de deber en clave histórica, sin embargo, habiendo pasado un lapso de tiempo considerable desde aquel momento, es importante plantearse hoy la cuestión del papel de los deberes en la teoría de los derechos fundamentales, pues un paradigma de solo deberes es tan nocivo como uno de solo derechos. No pretendo desacreditar en forma alguna los derechos fundamentales, pero es innegable que el modelo de conducta solamente basado en derechos en que nos encontramos (y más aún en el caso del caso del neoliberalismo que solo acepta unos cuantos derechos como verdaderos), está en crisis y no va a contribuir al mejoramiento de los problemas actuales, verbigracia el deterioro ambiental.

Por esta razón resultan pertinentes las reflexiones de autores como Bea Pérez<sup>213</sup>, Zagrebelsky<sup>214</sup>, y Tommaso Greco<sup>215</sup>, cuando invitan a pensar en la articulación de la cultura de los deberes y la de los derechos: “descargándolas de su peso ideológico y recargándolas de densidad utópica”<sup>216</sup>, en el caso de la primera autora, actualizando el constitucionalismo, logrando su metamorfosis para incluir los deberes, para así salvarnos de repetir la trágica historia de la Isla de Pascua, según relata el segundo autor, y reafirmando el valor horizontal<sup>217</sup> de la práctica de los deberes como condición necesaria para poder realizar los derechos y que no se queden en papel mojado, según explica el

---

<sup>212</sup> Íd., p. 61.

<sup>213</sup> Emilia BEA PÉREZ, “Derechos y deberes”, Op. Cit., p. 67.

<sup>214</sup> Gustavo ZAGREBELSKY, “Constitucionalismo”, Op. Cit., p. 31-38.

<sup>215</sup> Tommaso GRECO, “Antes el deber. Una crítica de la filosofía de los derechos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° XXVI, Ministerio de Justicia/ BOE/ Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 2010, p. 338-339, 343. Ver nota al pie [230](#).

<sup>216</sup> Emilia BEA PÉREZ, “Derechos y deberes”, Op. Cit., p. 67.

<sup>217</sup> La idea de la horizontalidad en el derecho y en los deberes es tratada por Tommaso Greco en textos como: Tommaso GRECO, “Il ritorno dei doveri”, en *Cultura e diritti per una formazione giuridica*, Universidad de Pisa, N° 1, 2012, p. 91-98; “La doppia forza dei diritti Una riflessione sulle garanzie”, en *Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, Vol. 2, N° 1, 2014, p. 135-150; “Algunas reflexiones sobre la horizontalidad del derecho”, en *Crónica Jurídica Hispalense*, N° 14, p. 109-132, entre otros.

tercer autor.

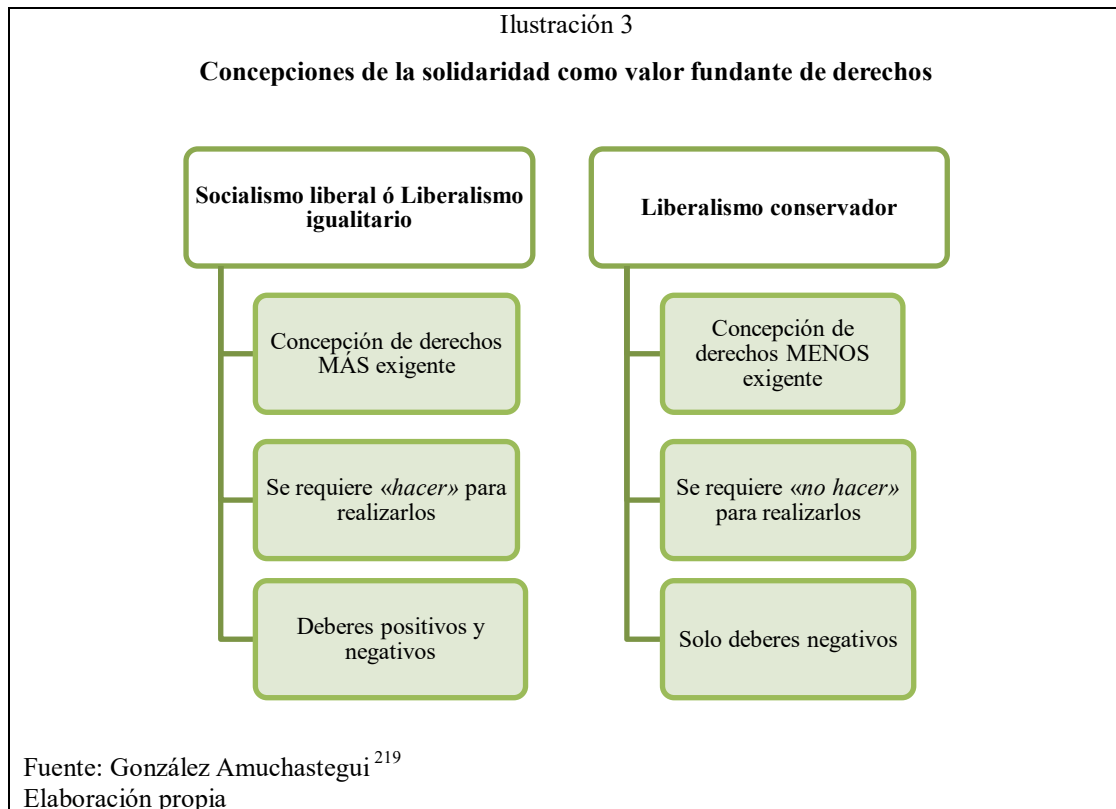
En ese orden de ideas, vale destacar la definición de deberes fundamentales dada por Gregorio Peces-Barba: “aquellos deberes jurídicos que se refieren a dimensiones básicas de la vida del hombre en sociedad, a bienes de primordial importancia, a la satisfacción de necesidades básicas o que afectan a sectores especialmente importantes para la organización y el funcionamiento de las instituciones públicas o el ejercicio de derechos fundamentales, generalmente en el ámbito constitucional”.<sup>218</sup>

Para no caer nuevamente en la lógica totalitaria, se debe tener presente que los deberes tienen carácter instrumental a los derechos, por lo cual, los deberes no pueden ser nunca un fin en sí mismos; a la vez, los derechos son instrumentales a la dignidad humana, y por ende tampoco pueden ser un fin en sí mismos, pues solo el ser humano es el fin por excelencia. De esta manera, se debe buscar un adecuado equilibrio entre derechos y deberes, pues no se puede anular al ser humano del presente, pero tampoco se debe pensar solo en este de manera aislada y cortoplacista, he ahí el punto donde la solidaridad y la idea de deber entran en juego, pues es aquella la que debe fundamentar al último, pues el deber sin solidaridad como fundamento es solo totalitarismo.

Ahora bien, ¿la solidaridad puede fundamentar derechos?, la respuesta será positiva o negativa según la corriente de pensamiento en la que se halle inscrito/a quien la responda. Si es liberal igualitario o socialista liberal (terminología de González Amuchastegui) la respuesta sería positiva, pero si se trata de un liberal conservador, la respuesta sería negativa. Esto debido a la concepción que uno y otro movimiento tienen de los deberes. A continuación se presenta una figura en donde se resumen dichas concepciones:

---

<sup>218</sup> Gregorio PECES-BARBA, “Los deberes fundamentales”, Op. Cit., p. 364.



Surge entonces una dificultad al determinar cuál es el deber idóneo para realizar un derecho. Nino<sup>220</sup> ejemplifica la cuestión preguntando: ¿el derecho a la vida se satisface con la prohibición de matar o con la provisión de alimento, abrigo, asistencia médica, etc.? La respuesta a este interrogante depende precisamente de la idea que se tenga sobre la solidaridad y otros valores fundantes, pues ambos deberes son importantes para proteger el derecho a la vida, pero dependiendo de diversas concepciones ideológicas, se considerará que solo uno de los mecanismos, la abstención o la acción, es el idóneo para hacerlo. Este tema se verá más adelante en detalle, por lo pronto, se requiere ahondar en la cuestión de los deberes positivos para intentar dilucidar respuestas a los interrogantes que se dejan aquí planteados.

<sup>219</sup> A partir de Jesús GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, “Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político”, en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales* N° 101, Fundación Sistema, Madrid, 1991, p. 133.

<sup>220</sup> Carlos Santiago NINO, *Ética y derechos humanos*, Op. Cit., p. 305.

James Fishkin<sup>221</sup> indica que nuestras acciones pueden ser clasificadas moralmente en tres grandes apartados: (i) la zona de exigencia moral, (ii) la zona de lo indiferente y (iii) la zona de lo supermeritorio (o supererogatorio). La primera zona abarca deberes y obligaciones, cuyo cumplimiento será moralmente valioso y su incumplimiento será moralmente condenable; la segunda está definida por acciones que no son moralmente correctas ni incorrectas, por ende, no es valioso que se las realice ni condenable que se dejen de realizar; por último, la tercera zona abarca las acciones discrecionales que están más allá del deber, y que sería valioso realizar pero no sería incorrecto dejar de realizarlas. Podría pensarse en estas zonas como en una especie de círculos concéntricos cuyas fronteras están bien delimitadas y separan los diversos niveles de exigencia moral (véase la figura a continuación).

Ilustración 4  
Zonas de exigencia moral en la teoría de Fishkin



Fuente: Fishkin<sup>222</sup>  
Elaboración propia

Fishkin explica que esto es aplicable a la forma de vida de la cultura moral occidental moderna y secular, en donde existen dos límites principales a las exigencias morales: el límite del heroísmo y la robustez de la zona de indiferencia. Partiendo del

---

<sup>221</sup> James S. FISHKIN, “Las fronteras de la obligación”, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 3, Alicante, Universidad de Alicante, 1986, p. 73 y 74. El autor propone este modelo de elección moral, como alternativa al paradigma bajo el cual, en su concepto, se pueden encuadrar las propuestas de autores liberales como Rawls, Beitz, Richars, Ackerman y Singer, y que denomina consecuencialismo sistemático imparcial o SIC, que por demás, resulta inadecuado para explicar las obligaciones especiales, y es hipere exigente moralmente, en especial en los casos de ayuda contra el hambre (a nivel de elección individual), y de la justicia internacional (elección social).

<sup>222</sup> Ibid.

punto de que “la moralidad se reserva para ocasiones especiales”, el autor explica que el primero se refiere a que ciertos niveles de sacrificio no pueden ser moralmente exigidos a ningún individuo dado, y que el segundo, supone la existencia de un gran porcentaje de actos moralmente indiferentes, es decir, la mayoría de nuestras acciones diarias son moralmente indiferentes pues caen fuera del deber/obligación y tampoco son heroicas.

La zona de la indiferencia en su concepto, es lo que nos permite llevar un estilo de vida tal y como lo conocemos, sin tener que renunciar a la cotidianidad para dedicarnos a alguna actividad más heroica o moralmente más valiosa, algo así como renunciar a lo que hacemos en la actualidad y hacernos, por ejemplo, monjes budistas o activistas de Greenpeace a tiempo completo.

Para Fishkin por ende los deberes u obligaciones positivas generales son inadmisibles, pues romperían las fronteras entre la exigencia moral y los actos supererogatorios, con lo que se derrumbaría la estructura básica de la moralidad individual, pero renunciar a ellos significa abandonar principios básicos de la moral; esto es lo que Ernesto Garzón Valdés ha denominado el *dilema de Fishkin*.

Conviene entonces detenerse en la definición de deberes positivos dada por Garzón Valdés: son “aquéllos cuyo contenido es una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del (o de los) destinatario(s) y tampoco es el resultado de algún tipo de relación contractual previa.”<sup>223</sup> Adicionalmente, estos se diferencian de los deberes negativos generales, en tanto los deberes positivos generales prohíben omisiones, mientras los otros prohíben acciones.<sup>224</sup> Garzón Valdés recuerda que los deberes negativos son necesarios para posibilitar la vida en sociedad, pero también que no son los únicos suficientes para tal fin.<sup>225</sup>

Es usual atribuirle mayor responsabilidad moral a las acciones que a las omisiones, por lo que conviene recordar que esto se trata más bien de un punto de vista propio de la concepción de derechos del liberalismo conservador, para la cual las omisiones morales no tienen relevancia, mientras que para la concepción del liberalismo

---

<sup>223</sup> Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, en *Doxa*, N° 3, Op. Cit., p. 17.

<sup>224</sup> Íd., p. 19.

<sup>225</sup> Íd., p. 31.

igualitario (socialismo liberal) algunas omisiones sí tendrían relevancia.<sup>226</sup> Este punto se retomará más adelante cuando se hable de los derechos prestacionales y de los de abstención, pero sea dicho desde ya que se trata de una diferenciación que debe abandonarse tanto en el terreno teórico como en el práctico, pues la satisfacción de derechos fundamentales supone de ambos tipos de prestación, sin importar si se trata de derechos civiles, políticos o sociales.

Sin ahondar en el debate Fishkin-Garzón Valdés, sí es importante tener en cuenta que se debe ampliar la concepción de deberes necesarios para proteger derechos fundamentales, como indica Garzón, pero debe hacérselo de manera racional tal y como invita Fishkin, quien hace un llamado a la racionalización de lo que puede exigirse moral (y jurídicamente) a los individuos, pues a nivel de elección individual unas demandas excesivas asfixiarían los planes de vida de las personas y les impedirían asumir adecuadamente sus obligaciones; y a nivel social, si no se delimitan adecuadamente, los deberes puede resultar ser una herramienta al servicio de nuevos autoritarismos y totalitarismos.

Por ello parece razonable fijar límites de forma tal, que derechos y deberes (positivos y negativos) cumplan con sus objetivos de proteger bienes valiosos, es decir, satisfagan los requerimientos de la dignidad humana y posibiliten diversos planes de vida. Por esta razón solo se puede aceptar parcialmente la tesis de Fishkin, en tanto es lícito y adecuado limitar los alcances de los deberes, pero no es de recibo su postura de excluir los deberes positivos, pues se deja abierta la puerta a la indiferencia moral y la apatía ética, que como expresara Bea Pérez, constituye el uso ideológico de los derechos, y ello “puede anestesiar nuestra capacidad de resistencia ante el mal y colocarnos al borde del abismo”<sup>227</sup>, como en su momento lo hiciera también el uso ideológico de los deberes, ya que ambos suponen la negación del otro, y por ende, de nuestra propia humanidad.

Resulta pertinente entonces recordar lo dicho por González Amuchástegui,<sup>228</sup> quien ha sugerido que la solidaridad como principio político implica superar la lucha

---

<sup>226</sup> Jesús GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, “Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político”, Op. Cit., p. 133.

<sup>227</sup> Emilia BEA PÉREZ, “Derechos y deberes”, Op. Cit., p. 67.

<sup>228</sup> Jesús GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, “Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político”, Op. Cit., p. 127 y del mismo autor, “Autonomía, dignidad y ciudadanía”, Op. Cit., p. 509.

competitiva por la supervivencia y reconocer nuestra responsabilidad colectiva en la satisfacción de las necesidades básicas de todos los miembros de la comunidad. De esta forma, si se toma la solidaridad como valor fundante de los derechos y de los deberes u obligaciones correlativos, se puede fijar más fácilmente dicho límite.

Un aspecto muy importante que parece haber olvidado Fishkin y que Garzón Valdés no enfatiza lo suficiente, al analizar el tema de los límites de las obligaciones morales, es el de la agencia moral. Ambos autores se fijan en los aspectos de la trivialidad del sacrificio (tanto a nivel de elección individual como social) y en su duración en el tiempo, pero olvidan que no solo los individuos pueden ser agentes morales, sino también los colectivos de personas. No puedo entonces sino concordar con González Amuchastegui<sup>229</sup> cuando recuerda que no debemos cumplir individualmente las obligaciones positivas impuestas por los derechos fundamentales, sino que es necesario articular institucionalmente el cumplimiento de nuestros deberes positivos, y ello no solo es adecuado para la fijación de límites morales, sino también para el despliegue de acciones necesarias, pues de esta manera se evita un sinfín de iniciativas aisladas.

La frontera entre lo obligatorio y lo virtuoso, entre lo moralmente exigible y lo supererogatorio, bien se puede fijar con ayuda de la política social que corresponde al Estado desarrollar. Además no se debe olvidar, como explica Tommaso Greco,<sup>230</sup> que la creación de los derechos pretende resolver de raíz el problema de la incertidumbre en el cumplimiento de los deberes. He aquí la importancia de contar con un Estado respetuoso de los derechos fundamentales, y con unos individuos conscientes de la parte de responsabilidad que en tal sentido les corresponde. Por las razones expuestas, la solidaridad suele confundirse con los actos supererogatorios,<sup>231</sup> pues se sigue pensando

---

<sup>229</sup> Jesús GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, “Autonomía, dignidad y ciudadanía”, p. 524 y 525.

<sup>230</sup> Tommaso GRECO, “Antes el deber. Una crítica de la filosofía de los derechos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° XXVI, Ministerio de Justicia/ BOE/ Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 2010, p. 340. Se debe aclarar que el autor asume una postura antropológica para explicar la filosofía de los derechos en contraposición a la filosofía de los deberes, endosando a la primera la idea de individualidad y aislamiento, y a la segunda, la de asociación y acercamiento. El autor no es hostil a los derechos, pero es enfático en su postura de que el cumplimiento espontáneo de los deberes es más adecuado pues no rompe la comunicación y fomenta la sociabilidad, mientras que el ejercicio de derechos interrumpe la comunicación y estimula la exigencia y tendencialmente el enfrentamiento.

<sup>231</sup> Para profundizar este tema ver Carlos Santiago NINO, *Ética y derechos humanos*, Op. Cit., 305-366. Allí el autor plantea que las omisiones tienen menor reproche moral que las acciones, y explica que los actos supererogatorios son “acciones que son moralmente elogiables, a pesar de que su omisión, si bien



erróneamente en este valor como *pietas*, de manera tal que exigirla jurídicamente resulta en un exabrupto para algunos sectores de pensamiento, pues no es más que un deber moral y corresponde a cada persona decidir en qué medida ha de cumplirlo (o no).

Debemos asumir el cumplimiento de los derechos fundamentales como comunidad y no individualmente, pues lo primero sería un acto obligatorio, mientras que lo segundo sería un acto supererogatorio; esta es la razón de ser de la solidaridad (e inclusive de la cooperación), pues las personas individualmente consideradas no pueden cumplir aisladamente los deberes positivos en su totalidad cuando se trata de derechos fundamentales, aunque individualmente sí deban desplegar ciertos actos para conseguir un fin común, por ejemplo, reciclar en sus hogares, pagar sus impuestos, etcétera.

Cabe recordar que la solidaridad no es un elemento extraño al mundo del Derecho como se nos quiere hacer pensar, es visible por ejemplo como el fundamento de los sistemas tributarios, y existen tipos penales en algunos códigos penales que sancionan las omisiones que conduzcan a un daño grave en otra persona, como el deber de socorro (Art. 195, L.O. 10/1995 España, Art. 131 Código Penal colombiano). Entonces se debe replantear el escepticismo con el que se mira a la solidaridad, pues es lo que explica los deberes de respetar y garantizar los derechos fundamentales de otros, o en otras palabras, sustenta tanto su eficacia horizontal como la vertical.

Dos de los problemas de los que adolece el valor solidaridad para ser incluido en una teoría de los derechos, son la herencia liberal conservadora de la que está teñida la teoría de los derechos fundamentales, o más bien de algunas posturas de pensamiento sobre derechos, y, la carga emotiva, pues como se vio, la utilización de las palabras *solidaridad* y *deber* parece inmediatamente remitir a los contextos totalitaristas y autoritarios, tanto de derecha como izquierda. En el primer caso, al tener que cumplir los individuos la voluntad del *führer*, en el segundo, como única forma de entender la sociedad; pero como se demostró, estos problemas bien pueden ser superados con un cambio de enfoque. En especial resulta interesante la propuesta de Bea Pérez,<sup>232</sup> de rehabilitar la idea de deber a partir del lenguaje, y utilizar en lo posible el término *responsabilidad*, pues está libre de fantasmas del pasado.

---

hasta ciertamente punto criticable, no infringe ningún deber moral” y están relacionados con un alto grado de excelencia humana (p. 318 y 319).

<sup>232</sup> Emilia BEA PÉREZ, “Derechos y deberes”, Op. Cit., p. 71.

Visto todo lo anterior, resultan entonces lógicas y coherentes a los propósitos del presente documento las definiciones que de solidaridad propone Javier de Lucas:<sup>233</sup> “Solidaridad es la conciencia conjunta de derechos y obligaciones, que surgiría de la existencia de necesidades comunes, de similitudes (de reconocimiento de identidad), que preceden a las diferencias sin pretender su allanamiento.” Y, como: “vinculación moral del individuo con el grupo [que] aparece como fundamento y límite determinante de lo jurídico” que agrega de Lucas, “impide que el Derecho se convierta, pura y simplemente, en instrumento de dominación, esto es, en causa de desigualdad social, [o] de situaciones de tiranía de grupo o clase.”

Por último, no puedo estar de acuerdo con la idea de que la solidaridad es más bien una virtud, algo de la moral personal, y que por ello no está ligada a los derechos fundamentales; pensar de esta forma supondría una sociedad desarticulada y deshumanizada, en la que el *sálvese quien pueda* sea el fundamento de las relaciones sociales, y en donde los bienes públicos, es decir los de todos, se destinen a complacer los intereses de quien haya hecho el mejor lobby. Tristemente, este prototipo de sociedad antidemocrática e insolidaria no es algo irreal, sino que se está convirtiendo en algo habitual en varias partes del mundo.

#### **d) Libertad**

La libertad, como todos los conceptos con una fuerte carga emotiva, tiene muchos significados y ha sido utilizada para justificar los más diversos e incompatibles proyectos políticos. No nos ocuparemos aquí de explicar tales sentidos, sino más bien de identificar aquellos que permiten entender de manera amplia cómo la libertad fundamenta todos los derechos, inclusive los sociales, y que sostener lo contrario responde más bien a una preferencia ideológica.

Para analizar la libertad se debe partir de la identificación *a priori* de dos facetas que permiten aproximarse al entendimiento de este valor: la primera es la libertad como no esclavitud, la segunda, la libertad como posibilidad de determinación de la propia conducta. La primera faceta no reviste grandes dificultades en el plano teórico, aunque

---

<sup>233</sup> Javier de LUCAS, *El concepto de solidaridad*, Op. Cit., p. 29 y 79 respectivamente.

no debe desconocerse que durante buena parte de la historia de la humanidad la esclavitud fue un sistema legal, pero por fortuna en la actualidad existe un consenso amplio sobre el valor absoluto de la libertad e igualdad de las personas frente al tema de la esclavitud, y consecuentemente sobre su no mercantilización o instrumentalización en este sentido. Aun cuando hoy en día persistan graves delitos como la trata de personas y el secuestro, es incuestionable que no es admisible jurídicamente un proyecto moral que incluya privar de la libertad e igual dignidad a las personas y revivir la esclavitud.<sup>234</sup>

En cuanto a la segunda faceta, es decir la autodeterminación, se entenderá en términos generales que se trata de la posibilidad de que las personas decidan por sí mismas el rumbo de su vida, es decir, que no estén coaccionadas en la toma de decisiones para llevar a cabo un proyecto de vida. Precisamente este es el sentido en el que el profesor Gregorio Peces-Barba entiende la libertad, para él es “una condición imprescindible para la acción del hombre en la vida social, a través del Derecho, que permite alcanzar a cada individuo los objetivos y fines morales que persiga y que son expresión de la dignidad humana, o en todo caso hacer los máximos esfuerzos para ello.”<sup>235</sup>

Este valor es el eje de la fundamentación de los derechos fundamentales para el profesor Peces-Barba,<sup>236</sup> pues, en su concepto, existen tres modalidades de aplicación de la libertad:<sup>237</sup> la libertad como no interferencia, entendiendo por esta la autodeterminación sin coacciones; la libertad promocional, pues la existencia de necesidades básicas insatisfechas impide o dificulta el ejercicio de la libertad en el primer sentido; y, la libertad participación, relacionada con la intervención en la política – intervención en la formación de criterios de decisión política, producción normativa y establecimiento de fines y valores de la actividad del Estado.

---

<sup>234</sup> Sin embargo basta dar un rápido vistazo a las noticias para encontrarse con que aún persisten algunos problemas culturales como la discriminación en razón a las castas en países con religión hinduista, las practicas fundamentalistas del islam que niegan autonomía a las mujeres, y la pervivencia de prácticas análogas a la esclavitud, tales como los matrimonios forzosos y tempranos, entre otros. Para ampliar información sobre este último tema ver la *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud*, de 1957 de las Naciones Unidas.

<sup>235</sup> Gregorio PECES-BARBA, “La libertad social, política y jurídica”, en *Curso de derechos fundamentales, teoría general*, Op. Cit., p. 228.

<sup>236</sup> Se advierte en este punto, que la autora no está de acuerdo con esta afirmación, pues el eje de los derechos fundamentales sería la dignidad humana, la libertad no sería más que un valor instrumental a esta.

<sup>237</sup> Gregorio PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 221 y 227.

De esta forma, él vincula las tres modalidades a los derechos fundamentales necesarios para poder ejercer la libertad en estas diferentes facetas.<sup>238</sup> La libertad como no interferencia la vincula a los derechos civiles, la promocional a los derechos sociales, económicos y culturales, y la de participación, a los derechos políticos. Sea quizás esta la razón por la que él entiende este valor como eje de la fundamentación de los derechos fundamentales.

El trabajo del profesor Peces-Barba coincide más o menos con los tres modelos presentados por Benjamin Constant, John Stuart Mill, e Isaiah Berlin: libertad de los antiguos y de los modernos del primero, libertad como autonomía personal del segundo, y libertad positiva y negativa del último. Se debe resaltar que el trabajo de estos autores constituyen cada uno un hito en el entendimiento de la libertad. Por motivos de precedencia cronológica a continuación se presentarán los puntos más relevantes de cada uno de ellos, respetando su orden en la historia y no haciéndolos coincidir con el orden de la exposición del profesor Peces-Barba.

En Febrero de 1819 Benjamin Constant pronuncia en el Ateneo de París su famosa conferencia “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”,<sup>239</sup> poniendo de manifiesto ya en el siglo XIX cómo con el paso del tiempo se ha transformado la concepción de la libertad. Él explicaba que ésta pasó de ser un asunto de dominio en la esfera pública a uno de dominio en la esfera privada, dándole al primero el nombre de *libertad de los antiguos*, y al segundo, *libertad de los modernos*.

La libertad de los antiguos se centraba en lo público, en la posibilidad de incidir directamente en las decisiones del poder que afectaban la vida de las personas, Constant toma como modelo de referencia la antigua Roma para hacer la distinción, indicando que en dicha época el individuo podía participar de todos los asuntos públicos, por ejemplo, deliberar en la plaza pública sobre la paz y la guerra, votar las leyes y examinar las rendiciones de cuentas, era por tanto un *soberano en los negocios públicos* pero su vida privada era sometida a una minuciosa dirección y escrutinio públicos, por parte de los censores, por lo que no gozaba de autonomía para tomar decisiones sobre su proyecto de

---

<sup>238</sup> Íd. p. 221 y ss.

<sup>239</sup> Benjamin CONSTANT, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, en *Escritos Políticos*, estudio preliminar, trad. y notas de María Luisa SÁNCHEZ, MEJÍA, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 [1819].

vida, sino que estaba bajo sujeción completa a la autoridad de la multitud, y era por tanto un esclavo en sus relaciones privadas.<sup>240</sup>

Para los modernos ocurre lo contrario, se invierte el papel de la libertad y se la concibe como el disfrute sin intervenciones arbitrarias ni injustificadas en la vida privada, pero ahora con poca participación en la vida pública. Constant hace un interesante juego de palabras al explicar esta inversión de esferas de libertad entre los antiguos y los modernos, pues indica que aquéllos dado que estaban menos apegados a su independencia individual, sacrificaban muy poco para obtener más, pues podían incidir directamente en el manejo de la *res pública*, mientras que los modernos, habiendo logrado libertad en su esfera privada, sacrificarían más para obtener menos.<sup>241</sup>

No puedo dejar de pensar cuánta razón le asiste a Constant, pues en la actualidad, nosotros los postmodernos, en verdad no gozamos ya casi de ninguna de las dos esferas sin interferencia, pues lo público en vez de cada ser vez más transparente es cada vez más oculto, la información es más fragmentada y manipulada, y las personas cada vez más somos más legas en el conocimiento de las instituciones, los procedimientos y las normas jurídicas e incluso, se criminaliza la protesta social;<sup>242</sup> y lo privado es recortado cada vez más, con normas jurídicas poco claras y justificadas *a priori* en causas como por ejemplo la lucha contra el terrorismo, entre otras.

<sup>240</sup> Íd. p. 261. Irónicamente, la libertad de los antiguos atenienses era posible gracias a la esclavitud, pues los esclavos se encargaban de la mayor parte del trabajo, mientras la población libre deliberaba a diario en la plaza pública (p. 265).

<sup>241</sup> Íd. p. 268.

<sup>242</sup> Un ejemplo muy dicente fue el de los grupos de *indignados* y *occupy*, del año 2011, quienes queriendo participar en lo público a través de la protesta colectiva se tomaron varias plazas públicas en diferentes países como reacción a la crisis económica, y posteriormente fueron desalojados violentamente por unidades de policía antimotines. Sobre la criminalización de la protesta social se puede encontrar información relevante en los informes A/62/225, del 13 de agosto de 2007 y A/66/203, del 28 de julio de 2011, de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos de la Oficina de la Alta Comisionada para los derechos humanos de Naciones Unidas, en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/457/29/PDF/N0745729.pdf?OpenElement> y <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/435/32/PDF/N1143532.pdf?OpenElement> respectivamente. Causa curiosidad que sea esta relatoría y no la de libertad de expresión la que se manifieste sobre las violaciones de derechos que sufren los defensores de derechos humanos a consecuencia de su participación en protestas. Se debe tener en cuenta adicionalmente que esta relatoría en virtud de la Declaración de los defensores de los derechos humanos de 1998, utiliza un concepto ampliado de *defensores de derechos humanos*, pues esta categoría no solo incluye a las ONGs y grupos de personas organizadas en tal sentido, también a todos los seres humanos, pues todos/as tenemos el derecho y el deber de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, y por ende también somos defensores/as. La declaración puede consultarse en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/SRHRDefenders/Pages/Declaration.aspx>

Será tal vez por esto que Benjamin Constant al finalizar su conferencia advierte que no se deben incompatibilizar estas dos esferas de libertad, y pone de manifiesto la necesidad de enseñar a las personas cómo participar en lo público, atraerlas a participar y darles dicha posibilidad:

“La obra del legislador no está completa si únicamente ha llevado la tranquilidad al pueblo. Incluso cuando ese pueblo está contento queda todavía mucho que hacer. Las instituciones tienen que completar la educación moral de los ciudadanos. Respetando sus derechos individuales, cuidando de su independencia, no turbando sus ocupaciones, deben sin embargo reafirmar su influencia sobre la cosa pública, llamarles a concurrir al ejercicio del poder a través de sus decisiones y de sus votos, garantizarles el derecho de control y de vigilancia a través de la manifestación de sus opiniones, y formándoles adecuadamente en tan elevadas funciones por medio de la práctica, darles a la vez el deseo y la facultad de satisfacerlas.”<sup>243</sup>

En segundo lugar se encuentra John Stuart Mill con su ensayo de 1859 *Sobre la libertad*. Allí plantea como objeto de estudio la libertad social o civil, no la libertad de conciencia, o libre arbitrio como él la denomina.<sup>244</sup> Sus aportes más relevantes son el entendimiento de la libertad como *derecho defensa*, es decir, la protección al individuo de interferencias ilegítimas del poder público y de la sociedad en su vida, y <sup>245</sup> el *principio de daño*, de acuerdo con el cual, solo es aceptable una interferencia del poder público o de la sociedad en la vida de los individuos, si una conducta suya va generar daño a un tercero, y además dicha conducta es jurídicamente relevante.<sup>246</sup>

La libertad como derecho defensa supone para Mill tres aspectos interrelacionados: en primer lugar, amplitud en la libertad de conciencia, es decir, absoluta la libertad de pensamiento y sentimiento sobre todas las materias “prácticas o especulativas, científicas, morales o teológicas”,<sup>247</sup> y consecuentemente, libertad de expresar y publicar las opiniones en tal sentido, pues son facetas prácticamente

---

<sup>243</sup> Benjamin CONSTANT, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, Op. Cit., p. 285.

<sup>244</sup> John Stuart MILL, *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1970 [1859], p. 55.

<sup>245</sup> Miguel CARBONELL, *La libertad, dilemas, retos y tensiones*, UNAM, México, 2008, p. 17-19 y 21-24. Explica el autor que Mill entiende que la sociedad puede ser también una opresora de la libertad, y que esta concepción se debe en parte a la historia personal de Mill, quien sufrió represalias sociales debido a su relación afectiva con Harriet Taylor cuando aún estaba casada con su primer esposo (que fallece en 1849, y tras dos años de luto finalmente ella y Mill se casan en 1851).

<sup>246</sup> No es objeto del presente documento ahondar en dos consecuencias vitales de dicho principio: el paternalismo jurídico y el principio de lesividad del derecho penal, pero es referencia obligada sobre el primero, el trabajo de Miguel Ángel RAMIRO, “A vueltas con el paternalismo jurídico” en *Derechos y Libertades*, Nº15, UC3M, Madrid, 2006; y “A vueltas con el moralismo legal”, prólogo a la edición castellana de *Derecho, Libertad y Moralidad* de H.L.A. Hart, Dykinson, Madrid, 2006.

<sup>247</sup> John Stuart MILL, *Sobre la libertad*, Op. Cit., p. 68.

inseparables.

En segundo lugar, y quizás es el aspecto más sensible de la tesis de Mill, se encuentra la libertad sobre el proyecto de vida propio: “la libertad humana exige libertad en nuestros gustos y en la determinación de nuestros propios fines; libertad para trazar el plan de nuestra vida según nuestro propio carácter para obrar como queramos, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nos lo impidan nuestros semejantes en tanto no les perjudiquemos, aun cuando ellos puedan pensar que nuestra conducta es loca, perversa o equivocada.”<sup>248</sup>

En tercer lugar, y como desarrollo de la libertad individual, Mill incluye la libertad de asociación, expresando que se trata de una libertad también amplísima, y que debe perseguir fines lícitos, es decir, fines que no perjudiquen a terceros; además, la asociación debe aglutinar a personas mayores de edad y que no acudan forzadas o engañadas.<sup>249</sup>

Como se puede observar, el autor tenía una concepción de la libertad fuertemente arraigada en la autonomía personal, y consideraba que esta era indispensable para preservar la originalidad y el genio creativo, que en su concepto, constituían la fuerza del progreso de una sociedad. Sostenía el autor lo siguiente: “Un pueblo, al parecer, puede ser progresivo durante un cierto tiempo, y después detenerse, ¿cuándo se detiene? Cuando cesa de tener individualidad.”<sup>250</sup> De igual forma, la siguiente frase ejemplifica el peso que tenía la individualidad en las tesis de Mill: “El que deje al mundo, o cuando menos a su mundo, elegir por él su plan de vida no necesita ninguna otra facultad más que la de la imitación propia de los monos.”<sup>251</sup> Se puede decir entonces, que Mill inclusive llegaba a relacionar la originalidad y la individualidad con la condición humana misma.

Pero no era esta la única razón de su pensamiento, John Stuart Mill fue una persona profundamente desdichada durante sus primeros años de vida, tiempo durante el cual fue sometido a un estricto y riguroso régimen por parte de su padre, James Mill, en especial en cuanto a su educación. El programa de formación de Mill incluía un vasto

---

<sup>248</sup> Ibid.

<sup>249</sup> Ibid.

<sup>250</sup> Íd., p. 45.

<sup>251</sup> Íd., p. 129.

universo de lecturas en Filosofía, Historia, Política, etc., pero excluía la poesía y otras artes, por innecesarias. A la edad de 20 años Mill entró en una profunda depresión, de la que se recuperó gracias precisamente a la poesía que nunca había leído, y que le permitió comprobar que era un ser con sentimientos y con propósito.<sup>252</sup>

Además, los señalamientos sociales por su relación sentimental con Harriet Taylor, quien sea dicho de paso, desempeñó un papel muy importante en su vida y ejerció una notable influencia en él, marcaron el destino del pensamiento de Mill. No extraña entonces que en sus escritos sobre la libertad sean visibles una férrea defensa de la libertad individual, y que la sociedad sea también una fuente de tiranía, por lo que deben limitarse sus intereses sobre el gobierno de la vida privada de las personas.

Como se puede ver, Mill defendía la libertad personal bajo un prisma individualista y de protección a la vida privada de los individuos, y en este punto se puede decir que coincide con Constant, pues su concepción de libertad bien encaja en el esquema de la libertad de los modernos.

En cuanto al principio de daño, Mill consideraba que el único fin por el que era aceptable que otra persona o grupo de personas se entrometiera en la libertad de acción de un individuo, era por su propia protección, es decir, para evitar que perjudicara a los demás. Él no admitía como justificación a dicha intervención las medidas paternalistas, pese a que se pretendiera buscar el bienestar físico o moral de esa persona.

Sostenía el autor al respecto: “Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. Estas son buenas razones para discutir, razonar y persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente. Para justificar esto sería preciso pensar que la conducta de la que se trata de disuadirle producía un perjuicio a algún otro.”<sup>253</sup>

Mill agrega que el principio de daño sería la única justificación de sanción jurídica a la conducta desarrollada por alguna persona, es decir, pese al desagrado social que pueda causar la forma en que alguien lleve su vida, si ello no afecta los intereses de

---

<sup>252</sup> Isaiah BERLIN, “Prólogo: John Stuart Mill y los fines de la vida”, en John Stuart, Mill, *Sobre la libertad*, Op. Cit.

<sup>253</sup> John Stuart MILL, *Sobre la libertad*, Op. Cit., p. 65.



otra persona, no existe causa de castigo legal o pérdida de libertad; aunque Mill no desconoce la realidad y es consciente de la existencia del castigo social, por ello indica que la sociedad intentará entrometerse a través del consejo, la instrucción, la persuasión, y que inclusive llegará hasta el aislamiento para mostrar su disgusto o desaprobación de una conducta.<sup>254</sup>

Ahora bien, aunque Mill defienda también la libertad de opinión, es consecuente y expresa que esta también habrá de ser limitada en los casos en que pueda perjudicar a otros, él señala que: “hasta las opiniones pierden su inmunidad cuando las circunstancias en las cuales son expresadas hacen de esta expresión una instigación positiva a alguna acción perjudicial”<sup>255</sup>, y admite que en dichos casos la libertad del individuo sí sea limitada. Para explicar este punto, presenta como ejemplo el verter una opinión sobre los comerciantes de trigo que matan de hambre con sus precios, que en circunstancias normales debe permitirse, pero ha de castigarse “cuando se expresa oralmente ante una multitud excitada reunida delante de la casa de un comerciante en trigos”.<sup>256</sup>

Se puede concluir que Mill acepta que solo en el caso que se acaba de exponer sería posible la intervención en la libertad: “Las objeciones que se pueden hacer a la intervención del gobierno, cuando esta intervención no implica infracción o violación de la libertad, pueden ser de tres clases.”<sup>257</sup> Rechaza por ende toda otra intervención del Gobierno y enfatiza en tres objeciones: la primera, “cuando lo que va a ser hecho va a ser hecho mejor por los individuos que por el gobierno”<sup>258</sup>, pues en su criterio “no hay personas más capaces de conducir un asunto o de decidir cómo y por quién deberá ser conducido, que quienes tienen en ello un interés personal.”<sup>259</sup>

La segunda, es que aunque los individuos no hagan mejor algo que el Gobierno, es preferible que lo hagan ellos pues “De ello resultaría una educación intelectual para los individuos: una especie de robustecimiento de sus facultades activas al ejercitar sus puntos de vista, que les daría un conocimiento familiar de los asuntos en que han de actuar.”<sup>260</sup>. La tercera y última, es el gran mal de aumentar innecesariamente el poder del

---

<sup>254</sup> Íd., p. 179.

<sup>255</sup> Íd., p. 125.

<sup>256</sup> Íd., p. 126.

<sup>257</sup> Íd., p. 198.

<sup>258</sup> Ibid.

<sup>259</sup> Ibid.

<sup>260</sup> Íd., p. 199.

Gobierno.<sup>261</sup>

De esta forma, el autor deja blindada la esfera de libertad individual de los individuos y deja planteado, en términos muy liberales-conservadores claro está, que el Gobierno no debe intervenir en dicha esfera, pues lo contrario pondría en peligro la libertad. La concepción de Mill está teñida del contexto histórico en que él vivió, pues para cuando escribió su ensayo, no había pasado tan siquiera un siglo desde la Revolución Francesa y el riesgo de revivir un régimen que asfixiaba a los individuos era latente. El pasar del tiempo demostró que no solo era necesaria la no intervención del Gobierno en muchos asuntos, sino que su intervención era determinante para el goce de otras libertades, pero de este tema se hablará más adelante al especificar las condiciones históricas del nacimiento de los derechos sociales.

Sea dicho por lo pronto, que la libertad como no interferencia indebida es aún una preocupación al hablar de derechos fundamentales, pues el libertarismo y el neoliberalismo han tomado como estandarte la defensa a ultranza de la libertad individual, dejando de lado otros valores fundantes, y considerando como ideal el Estado mínimo, olvidando así que se requieren ciertas intervenciones legítimas para la consecución de los derechos fundamentales, ello es visible especialmente en los derechos sociales.

El tercer hito es Isaiah Berlin, quien en 1958 pronunciara su lección *Dos conceptos de Libertad*,<sup>262</sup> en donde identificó con claridad que la libertad tiene dos sentidos políticos: uno negativo, como abstención o como no interferencia de otros, y uno positivo, de acuerdo con el cual, el individuo tiene la posibilidad de actuar en uno u otro sentido según su voluntad y autónomamente.

Con el sentido negativo da respuesta a la pregunta “¿Cómo es el espacio en el que al sujeto -una persona o un grupo de personas- se le deja o se le ha de dejar que haga o sea lo que esté en su mano hacer o ser, sin la interferencia de otras personas?” En cuanto al sentido que denomina positivo, es aquel que responde la pregunta: “¿Qué o quién es la causa de control o interferencia que puede determinar que alguien haga o sea

---

<sup>261</sup> Ibid.

<sup>262</sup> Isaiah BERLIN, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza Editorial, Madrid, 2010.

una cosa u otra?”<sup>263</sup>

Para explicar estos dos sentidos, el autor empieza por explicar que en sentido negativo la libertad política es simplemente, el espacio en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros. La libertad puede ser limitada, pero en concepto de Berlin, si ese espacio es recortado más allá de lo admisible por otros, entonces existirá coacción o hasta esclavización. La coacción, aclara el autor, no debe confundirse con las limitaciones de la naturaleza, por ejemplo, saltar diez metros, sino que se refiere exclusivamente a la interferencia deliberada de otros seres humanos en el espacio de libertad de alguien y que en consecuencia, le impide alcanzar un fin.<sup>264</sup> En suma, esta libertad se funda en que otros hombres no le impidan a uno elegir.<sup>265</sup>

Por libertad positiva Berlin entiende no el estar libre de algo, sino ser libre para algo, para conducir una forma de vida determinada. Este sentido se deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio amo, de no depender de fuerzas exteriores, sino de sí mismo para poder determinar su vida y sus decisiones.<sup>266</sup> La libertad positiva se relaciona no ya con la no interferencia, sino con la posibilidad de autodeterminación.

Explica Miguel Carbonell,<sup>267</sup> que mientras la primera (negativa) se refiere a la ausencia de obstáculos y se enmarca en la esfera de las acciones, la segunda (positiva) se circunscribe a la esfera de la voluntad. Se relaciona entonces con la facultad del ser humano de obrar o no, según su albedrío.

Berlin no entiende la libertad como un estado mental o espiritual, sino en términos fácticos, por lo que hace una referencia a la *retirada a la ciudadela interior*,<sup>268</sup> e indica que este sentido de libertad no es al que él alude, sino que se trata más bien de una situación de autonegación ascética, pues por ejemplo una persona sometida a esclavitud, aún teniendo una rica espiritualidad y siendo libre en su mente, sigue siendo esclava y no goza de libertad positiva, pues no puede hacer cosas o ser alguien de acuerdo con los mandatos de su propia conciencia, y su libertad negativa es inexistente, pues se encuentra obstaculizado. La autonegación ascética puede ser una fuente de

---

<sup>263</sup> Íd. p. 47.

<sup>264</sup> Íd. p. 48.

<sup>265</sup> Íd. p. 61.

<sup>266</sup> Íd. p. 60.

<sup>267</sup> Miguel CARBONELL, *La libertad, dilemas, retos y tensiones*, Op. Cit., p. 55.

<sup>268</sup> Isaiah BERLIN, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Op. Cit., p. 65-73.

integridad, serenidad o espiritualidad, pero en ningún caso de aumento de libertad.

Se debe reconocer a esta postura el aporte conceptual, sin embargo, no se debe perder de vista que Berlin es un liberal en el sentido clásico, y por ello no percibe las desigualdades naturales y sociales como factores que coaccionen la libertad, y como barreras que el Estado deba remover, contrario a lo que se suele pensar a raíz de interpretaciones extensivas de sus tesis. De allí sus reflexiones sobre la pobreza y la libertad haciendo un símil de aquella con la enfermedad o la discapacidad: “Si mi pobreza fuera un tipo de enfermedad que me impidiese comprar pan, o pagarme un viaje alrededor del mundo o recurrir a los tribunales, de la misma manera que la cojera me impide correr, naturalmente que no se diría que esta incapacidad es falta de libertad, y mucho menos falta de libertad política.”<sup>269</sup>

Pese a la anterior consideración, Berlin parece que deja entrever que en casos individuales sí podría existir coacción, y por ende intromisión en la libertad de alguien, pues prosigue diciendo:

“Me considero víctima de coacción o esclavitud únicamente cuando creo que mi incapacidad para conseguir una determinada cosa se debe a la circunstancia de que determinados seres humanos me han hecho algo a mí que, a diferencia de otros, me impide tener dinero bastante para pagarla. En otras palabras, este uso del término depende de una teoría social y económica particular acerca de las causas de mi pobreza o debilidad. Si mi falta de medios materiales se debe a mi discapacidad mental o física, sólo diré que he sido privado de libertad (y ya no hablaré sólo de pobreza) si acepto la teoría.”<sup>270</sup>

Pero al finalizar el párrafo el autor establece de nuevo su punto de vista, arguyendo que socialmente la pobreza no puede considerarse como falta de libertad, sino que se trata más bien de un punto de vista de otras teorías como la marxista, las doctrinas cristianas, las utilitaristas y las socialistas. Como se puede ver, Berlin no extiende el concepto de no interferencia en la libertad a la remoción de obstáculos, pero ello no es óbice para que nosotros no lo hagamos.

Pensar la libertad en términos negativos y positivos ha de ser utilizado para propender por una real libertad, ya que no solo basta decir: *Todos nacen libres e iguales ante la Ley*, pues de nada sirve la libertad de elegir un proyecto de vida o tomar unas

---

<sup>269</sup> Íd. p. 48.

<sup>270</sup> Íd. p. 48 y 49

determinaciones si no existen las condiciones materiales para llevarlas a cabo. Esta libertad sin igualdad, va en abierta contradicción de lo que un Estado y un sistema jurídico modernos deben ser y proteger, pues solamente quienes tuvieran recursos económicos y humanos suficientes en una sociedad, serían quienes podrían gozar irrestrictamente de la libertad.

Es así que el concepto de libertad negativa debe ampliarse y entenderse no solo como la ausencia de interferencia, en el sentido de esperar una abstención del Estado, sino también, como la remoción de las barreras que imposibiliten a las personas alcanzar la libertad. El ejemplo de Gerald A. Cohen permite explicar esto de mejor manera, pues a diferencia de Berlin, él sí entiende la pobreza como falta de libertad, y sostiene, resumidamente, que la verdadera libertad no consiste en la *no prohibición* legal, por ejemplo, de subirse a un tren para visitar a la hermana en Bristol, sino en la posibilidad de comprar el boleto de tren y así poder subirse y transportarse a Bristol. A continuación se transcriben sus palabras al respecto (en traducción libre de quien escribe):

“empecemos por imaginar una sociedad sin dinero, en la que los cursos de acción posibles disponibles para las personas, cursos que ellas están en libertad de seguir sin interferencia, están fijados por la ley. La ley establece lo que cada tipo de persona, o incluso cada persona en particular, puede y no puede hacer sin interferencia, y a cada uno le es entregado un juego de boletos detallando lo que le es posible hacer. Entonces yo puedo tener un boleto diciendo que soy libre para arar este terreno, otro dice que soy libre de ir a esa ópera, o caminar a través de aquél campo, mientras tenga diferentes boletos, con diferentes libertades inscritas en ellos. (...)”

Por hipótesis, estos boletos dicen cuales son mis libertades (y, consecuentemente, mis no libertades). Una suma de dinero no es nada más que una forma altamente generalizada de dicho boleto.”<sup>271</sup>

Como se observa, no solo es necesario concebir la libertad en su faceta formal, sino también en la material, es decir, en la posibilidad real de poder llevar a cabo una decisión libremente tomada. La situación es más compleja de lo que aquí se plantea, pues no debe descuidarse que habrá proyectos de vida, algunos compatibles otros no tanto, con un modelo republicano, y que no en todos los casos una decisión libremente tomada será lo suficientemente merecedora de protección jurídica.

---

<sup>271</sup> Gerald Allan COHEN, *Self-Ownership, Freedom, and Equality*, Cambridge University Press, New York, 1995, p. 58.

Es en este punto donde autores como Carlos Nino,<sup>272</sup> ponen de manifiesto las confusiones del liberalismo conservador, que suele llevar hasta los extremos la libertad (haciéndolo merecedor del título de libertarismo). Esto porque considera toda intervención del Estado como indebida y amputadora de libertades tales como la de empresa.

Indica Nino que hay tres confusiones: (1) el orden espontáneo (y natural) del mercado - y la consecuente distorsión en el mercado que genera la intervención estatal - es falso, pues desde siempre el Estado y la Ley están metidos de narices en la protección de la propiedad privada. Estas leyes tienen garantías jurisdiccionales y administrativas (policía) que se financian con dineros públicos. Así que no hay neutralidad completa, ni la intervención estatal es mala para la protección de derechos como la propiedad privada y la libertad.

(2) La autonomía personal no solo está compuesta por *condiciones negativas*, o abstenciones de terceros (libertad negativa) como sostienen los libertarios y las violaciones de derechos no son solo producidas por acciones, también las omisiones son fuentes de daño.<sup>273</sup> Por último y en relación con el anterior punto, (3) el liberalismo conservador desconoce que existe una diferencia entre condiciones normativas y condiciones materiales de la libertad.

Al estar la libertad también compuesta por una faceta positiva, las libertades se limitarían entre sí pues es imposible que prevalezca la voluntad de una sola persona y las demás tengan que abstenerse y no poder realizar la suya; y no se debe perder de vista, que la libertad es un valor que no puede entenderse aisladamente, sino en dependencia y relación lógica con otros valores, por lo que no se le puede dissociar de la igualdad y la solidaridad, como exigencias de la dignidad humana.

Por otra parte, se requiere reconocer que la libertad negativa se compone también de una faceta prestacional para remover las barreras que impiden la concreción de los proyectos de vida de las personas. Este punto en particular ha sido el eje de debate entre ideologías políticas, como se verá más adelante, por lo pronto, conviene dedicar unas

---

<sup>272</sup> Carlos Santiago NINO, “Sobre los derechos sociales”, en Miguel Carbonell, Juan Cruz Parceró, Rodolfo Vásquez, Comp., *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, UNAM, México, 2000, p. 138 a 142.

<sup>273</sup> En el mismo sentido Jesús GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, “Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político”, Op. Cit., p. 133.

líneas a los tipos de liberalismo.

De acuerdo con los planteamientos de Rodolfo Vázquez,<sup>274</sup> el liberalismo no es homogéneo y se pueden identificar tres vertientes: a) liberalismo conservador, b) liberalismo perfeccionista y c) liberalismo igualitarista. El primero pretende que la autonomía se distribuya espontáneamente, y que la autonomía alcanzada por cada persona por sí misma se mantenga inalterada. El segundo sostiene que la vida autónoma es valiosa si los planes de vida son aceptables y buenos. El tercero busca maximizar la autonomía personal sin poner en situación de menor autonomía comparativa a otros individuos.

La reflexión y discusión sobre libertad e igualdad, y la forma de realizarlas se han mantenido vivas, y en la actualidad se abre paso una propuesta teórica que al parecer permitiría resolver el dilema. Varios autores, dentro de los que se puede encontrar a Philippe Van Parijs, Gerardo Pisarello, Ramón Soriano, Luigi Ferrajoli y José Luis Rey Pérez, entre otros,<sup>275</sup> llegan a la conclusión de que la forma de igualar material y formalmente la libertad de todas las personas, es a través de una provisión económica, mínima e incondicional, denominada ingreso básico, renta básica o renta mínima.

Luigi Ferrajoli<sup>276</sup> explica que esta idea se abre paso como una necesaria para garantizar el derecho a la subsistencia, o lo que es lo mismo, el derecho a la vida. Esto debido a que ya se debe superar la idea del pensamiento liberal clásico de que la subsistencia estaba asegurada por el nexo entre libre iniciativa, trabajo productivo accesible a todos y propiedad de los frutos del trabajo propio suficientes para la supervivencia. La situación actual, en la que más que nunca las personas dependemos las unas de las otras, los recursos naturales están al borde del agotamiento, y el trabajo productivo ya no es suficiente (ni en cantidad ni en calidad), requieren garantizar el derecho a la vida de otra manera. La única garantía apta entonces para asegurar la

---

<sup>274</sup> Rodolfo VÁZQUEZ, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 2006, p. 127 y ss.

<sup>275</sup> Philippe Van PARIJS, *Libertad real para todos: qué puede justificar al capitalismo (si hay algo que pueda hacerlo)*, Paidós, Barcelona, 1996 y Philippe Van PARIJS y Yannick VANDERBORGHT, *La renta básica. Una medida eficaz para luchar contra la pobreza*, Paidós, Barcelona, 2006. Gerardo PISARELLO (ed.), *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Trotta, Madrid, 2006. Ramón SORIANO, *Por una renta básica universal. Un mínimo para todos*, Almuzara, España, 2012. José Luis REY PÉREZ, *El derecho al trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?*, Dykinson / IDHBC, Madrid, 2007.

<sup>276</sup> Luigi FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia, Tomo 2, Teoría de la democracia*; traducción de Perfecto Andrés Ibáñez (et al.), Trotta, Madrid, 2011, p. 390.

subsistencia es el salario social, la renta mínima garantizada o renta de ciudadanía.<sup>277</sup>

José Luis Rey Pérez<sup>278</sup> explica en términos generales, que el ingreso básico consiste en atribuir de forma absolutamente incondicionada y universal una renta a todos los ciudadanos y residentes. Se trata de una medida que intenta conciliar la libertad y la igualdad desde ideas liberales, pues busca establecer principios de ordenación de una sociedad justa, liberal y republicana, sin la igualación del autoritarismo-totalitarismo de los regímenes comunistas.

Philippe Van Parijs, quizás el autor más importante en cuanto a esta propuesta, definió la renta básica como “un ingreso pagado por el gobierno a cada miembro pleno de la sociedad a) incluso si no quiere trabajar, b) sin tener en cuenta si es rico o pobre, c) sin importar con quien vive y d) con independencia de la parte del país en la que viva”,<sup>279</sup>.

Se pueden destacar tres características de este ingreso: su incondicionalidad, su universalidad y el pago periódico en metálico. La incondicionalidad, pues supone un elemento que garantiza plenamente el derecho fundamental a la vida y la subsistencia, lo contrario supondría la supeditación al cumplimiento de ciertos deberes o condiciones, y eventualmente llevaría a la estigmatización social, además representa un grave riesgo de burocratización.

La universalidad se refiere precisamente a que toda persona, sin importar sus condiciones particulares, ni su nacionalidad, debería gozar de la misma. Por esta razón no resulta afortunada la terminología propuesta por Ferrajoli, pues como explica José Luis Rey Pérez,<sup>280</sup> las palabras *salario social*, y *renta de ciudadanía* supondrían condicionamientos contrarios al espíritu liberal que la renta básica lleva consigo. La primera, por aludir a una relación de trabajo, la segunda porque la limitaría a quienes reunieran en sí la calidad de ciudadanos. Por último, el pago del ingreso básico o renta básica debe hacerse en metálico, pues un pago en especie supondría una intromisión estatal en la libertad de las personas y en sus planes de vida, y se violaría la neutralidad con la que se propone esta figura. No se adentrará más aún en las diversas facetas y

---

<sup>277</sup> Íd. p. 392.

<sup>278</sup> José Luis REY PÉREZ, *El derecho al trabajo y el ingreso básico*, Op. Cit., p. 219.

<sup>279</sup> Philippe Van PARIJS, *Libertad real para todos*, Op. Cit., p. 56

<sup>280</sup> José Luis REY PÉREZ, *El derecho al trabajo y el ingreso básico*, Op. Cit., p. 222.



discusiones sobre esta figura, pues ello no constituye el objeto del presente documento.

Solo resta indicar en este aparte, y como se esbozó atrás, que los valores no pueden abordarse aisladamente, pues el entendimiento desde posturas extremas de uno solo de ellos tiene como consecuencia la anulación completa de otro. La historia ya mostró cómo la exacerbación de la libertad condujo a las inequidades del neoliberalismo, y cómo el fanatismo por la igualdad del comunismo elimina la libertad individual y por ende el derecho a disentir. Por ello Rodolfo Vázquez<sup>281</sup> explica que los valores no existen en tensión, sino que se trata de *estructuras diferentes pero complementarias*.

No se puede entonces entender solo la libertad como autonomía personal, porque se convertiría en valor agregativo. Esto es, no importa la cantidad de autonomía que efectivamente tenga una persona, siempre y cuando el grupo social en el que se encuentre tenga una gran cantidad de autonomía, situación que aunque podría ser valiosa, no es favorable al individuo ni a las minorías.

Al respecto sostiene Rodolfo Vázquez: “Por ejemplo, si una élite consigue grados inmensos de autonomía a expensas del sometimiento del resto de la población, este estado de cosas no resulta aceptable desde el punto de vista liberal. Por esta razón, es necesario defender un segundo principio, que limita el de autonomía personal: el principio de dignidad personal.”<sup>282</sup> Como se observa, la consideración de la libertad como único valor a defender jurídicamente, no es adecuada.

Como se puede observar, la libertad entendida de manera relacional con los demás valores superiores explica una faceta olvidada de los derechos fundamentales, en especial los de tipo social. Esta faceta es precisamente la de la posibilidad real y fáctica que tienen los individuos de determinar por sí mismos su proyecto de vida, y no estar coaccionados por la falta de las más básicas condiciones materiales de existencia; adicionalmente, la relacionalidad de la libertad con otros valores supone la existencia de

---

<sup>281</sup> Rodolfo VÁZQUEZ, Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho, Op. Cit. p. 128

<sup>282</sup> Id. p. 137. Precisamente indica el autor al referirse al imperativo Kantiano: “Este principio supone que no pueden imponerse privaciones de bienes de una manera no justificada, ni que una persona pueda ser utilizada como instrumento para la satisfacción de los deseos de otra. En este sentido, dicho principio clausura el paso a ciertas versiones utilitaristas, que al preocuparse por la cantidad total de felicidad social desconocen la relevancia moral que tienen la separabilidad e independencia de las personas. Cierra el paso, también, a cualquier expresión colectivista como la representada por los nacionalismos extremos.” (p. 138).

un tipo de Estado que no solo se dedique a perpetuar el *statu quo* de quienes por la lotería natural han resultado beneficiados, o en otras palabras son más libres material y formalmente, sino que realmente dé cabida institucional a todos los valores fundantes y en consecuencia, a todos los derechos fundamentales.

Como se observa, el discurso de los derechos fundamentales desde la fundamentación basada en valores, es un discurso sobre la vida buena, o al menos, una en condiciones aceptables que deberían poder llevar a cabo todas las personas. Sin embargo, hace falta un tema importante, que explica precisamente una de las razones más importantes para las que existen los derechos fundamentales, y como se traducen estos al terreno de lo práctico, es este pues, el de las necesidades humanas, que como se indicó antes, completa el esquema de fundamentación asumido en el presente trabajo.

#### 1.4.2. Necesidades humanas

Una de las claves para entender porqué se debe incluir la *teoría de las necesidades* en un modelo de fundamentación de derechos fundamentales, ha sido dada por Luis Prieto,<sup>283</sup> quien explica que la concepción liberal y racionalista de los derechos ha sido un primer punto de partida que, en su momento, interpretó los valores de dignidad, libertad e igualdad, pero –en sus palabras- “cuesta creer que sea el punto y final de la historia, o la única forma de presentar un fundamento ético una articulación jurídica de tales valores.”<sup>284</sup> Por ello, el autor invita a considerar la inclusión de nuevas exigencias y pretensiones (de esas que no caben en las premisas metodológicas e ideológicas de la tradición liberal) en los sistemas jurídicos, a partir un esfuerzo de reformulación de derechos, y no a resignarse con el pesimismo de que aquellas pretensiones son solo retórica jurídica u objetos del regateo político.

Por tal razón, pone de manifiesto que una ampliación de derechos supone considerar no sólo al ser humano en un plano jurídico racional abstracto, sino empezar a considerar exigencias que se derivan de su *concreta posición social*, y que por ende, responden a intereses, deseos y necesidades. Esto con una especial consideración: “que se formulan para atender carencias y necesidades instaladas en la esfera desigual de las

---

<sup>283</sup> Luis PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 44 y 45.

<sup>284</sup> Íd., p. 44.

relaciones sociales.”<sup>285</sup> He allí el contexto en el que se debe desenvolver una reflexión filosófica omnicompreensiva sobre los derechos fundamentales, es decir, una que incluya los derechos económicos, sociales y culturales, e inclusive otros de nuevas generaciones.

Esta reflexión supone realizar una primera tarea, explica Luis Prieto,<sup>286</sup> consistente en *trazar una conexión* entre los derechos sociales y los valores que desde siempre han estado en la base de los derechos. De esta forma, se ha de entender ahora que los derechos sociales no chocan con los derechos fundamentales *tradicionales* sino que se relacionan con ellos y los potencian, pues incluyen una dimensión antropológica e histórica del ser humano que antes no existía formalmente. Piénsese por ejemplo en cómo el derecho a la educación potencia derechos civiles como la libertad política, el debido proceso, e incluso a largo plazo aumenta las posibilidades de adquirir propiedad privada (sacrosanto derecho para las posturas libertarias).

Por ello sostiene Luis Prieto que hablar de derechos sociales “no es hablar de nada sustancialmente distinto a las libertades tradicionales, pues unos y otras sirven a un mismo ideal de comunidad política.”<sup>287</sup> Al reflexionar sobre los derechos de esta forma, es decir, al incluir las circunstancias sociales y las necesidades de los seres humanos, se logra entender la conexión que existe entre aquellos factores y la realización de derechos como la libertad.<sup>288</sup>

La *teoría de las necesidades* resulta ser entonces un tema de especial relevancia cuando se quiere hablar de derechos fundamentales, pues es lo que explica que podamos entenderlos como normas jurídicas establecidas para regular la convivencia humana, y como mecanismos para realizar valores, tales como la autonomía personal,<sup>289</sup> pero también para evitar daños graves a las personas o grupos sociales.<sup>290</sup>

Una vez establecido lo anterior, surge naturalmente una pregunta ¿Qué se debe entender entonces por *necesidades*? El cometido filosófico de definirlo no ha sido tarea

---

<sup>285</sup> Íd., p. 45.

<sup>286</sup> Ibíd.

<sup>287</sup> Íd., p. 46.

<sup>288</sup> Íd., p. 47. En el mismo sentido Carlos Santiago NINO, *Ética y derechos humanos*, Op. Cit., p. 349. Sostiene Nino: “De este modo, son los mismos principios que justifican los derechos *clásicos* los que sirven también de fundamento a los *nuevos* derechos humanos; es inconsistente reconocer unos y desconocer los otros”.

<sup>289</sup> Carlos Santiago NINO, “Autonomía y Necesidades Básicas”, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 7, Alicante, Universidad de Alicante, 1990, p. 21.

<sup>290</sup> María José AÑÓN y Javier de LUCAS, “Necesidades, razones, derechos”, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 7, Alicante, Universidad de Alicante, 1990, p. 57-58 y 70.

fácil, y aún hoy en día los resultados no son definitivos, como se verá más adelante, entre otras razones, por la naturaleza dinámica del concepto, de tal suerte que el común denominador de los diversos trabajos de filósofos desde el siglo XIX, es la no definición del concepto y más bien una caracterización de pautas que permitirán identificar si algo es o no una necesidad.

Se puede ubicar la teorización del concepto en su sentido moderno en los trabajos de Hegel y de Feuerbach; el primero de ellos acuña en 1821 *el sistema de las necesidades*,<sup>291</sup> considerando que estas no solo vienen dadas por la naturaleza, ya que a diferencia de los animales que tienen “un círculo limitado de medios y modos para satisfacer sus necesidades igualmente limitadas”,<sup>292</sup> los seres humanos por su *inteligencia* tienen infinidad de medios para satisfacerlas, y que en virtud de ella estas se van a multiplicar y refinar (necesidades intelectuales y espirituales), a lo que hay que añadir aquellas que surjan del gusto y la utilidad de cada persona.

Pero Hegel no solo observa un elemento subjetivo en las necesidades, también advierte un elemento objetivo en la medida que diferentes seres humanos comparten las mismas necesidades, y que su satisfacción no es individual sino social (un ser humano no podrá satisfacerlas sólo a través de su trabajo, se requiere el trabajo de otros también), con lo que da a entender la importancia de esta categoría para el origen de la sociedad civil.

En cuanto a Feuerbach explica Joaquín Herrera Flores,<sup>293</sup> que él fue pionero en la utilización de esta categoría conceptual, postulando que las formas de manifestación de la naturaleza humana dependen de la naturaleza de sus necesidades, y así consideraría entonces, con un sentido puramente naturalista, que las (únicas) necesidades exigibles serían el disfrute de agua fresca y aire limpio.

Posteriormente Marx desarrollará una más elaborada teoría de las necesidades a lo largo de su extensa obra, pero sea de reseñar en este punto el origen en uno de sus escritos de juventud: su obra conjunta con Engels, *La Ideología Alemana*. Allí sostenía:

---

<sup>291</sup> Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2011, parágrafos 189 y ss.

<sup>292</sup> Íd., parágrafo 190.

<sup>293</sup> Joaquín HERRERA FLORES, *Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 63 y 64.

“debemos comenzar señalando que la primera premisa de toda existencia humana y también, por tanto, de toda historia, es que los hombres se hallen, para ‘hacer historia’, en condiciones de poder vivir. Ahora bien, para vivir hace falta comer, beber, alojarse bajo un techo, vestirse y algunas cosas más. El primer hecho histórico es, por consiguiente, la producción de los medios indispensables para la satisfacción de estas necesidades, es decir, la producción de la vida material misma”<sup>294</sup>

Y más adelante agrega:

“Lo segundo es que la satisfacción de esta primera necesidad, la acción de satisfacerla y la adquisición del instrumento necesario para ello conduce a nuevas necesidades, y esta creación de necesidades nuevas constituye el primer hecho histórico.”<sup>295</sup>

De esta forma, Marx establece que existen unas necesidades básicas del ser humano y que cuando éste las satisface a través del trabajo, y posteriormente crea instrumentos para el trabajo, para continuar satisfaciendo necesidades, ha creado nuevas necesidades, con lo que este proceso productivo lo ha llevado a abandonar la prehistoria, y empezar la historia (en sentido propio). Este elemento, la naturaleza dinámica de las necesidades, constituye desde entonces y hasta hoy uno de los rasgos que permiten acercarse al concepto, sin desconocer claro está, que esta característica es la que no permite pensar en las necesidades en clave de *listado definitivo* o de *catalogo cerrado*, sino en algo que debe pensarse y definirse contextualmente.

En la teoría de Marx los modos de satisfacción de las necesidades son también criterios para la definición de las necesidades, de allí surge el dinamismo aludido, pero a medida que la reflexión filosófica prosiguió, se evidenció que esta forma de abordar las necesidades era más bien problemática, pues ¿qué se debía hacer entonces con las preferencias, intereses o deseos que no podían negarse como verdaderas necesidades bajo el prisma de definición anterior? Y más aún ¿qué ocurría si estos eran costosos, superfluos o inclusive perversos?

Gran parte de los esfuerzos de los/as filósofos/as que le sucedieron a Marx se enfocó en resolver estas cuestiones, principalmente se deben resaltar los trabajos de la

---

<sup>294</sup> Karl MARX y Friedrich ENGELS, *La ideología alemana*, Pueblos Unidos/Grijalbo, Montevideo/Barcelona, 1974 [1932], p. 28.

<sup>295</sup> Íd., p. 28 y 29.

Escuela de Budapest, en especial los escritos de Agnes Heller que se enfocaron en solucionar los escollos de la teoría marxista (labor iniciada por su mentor, György Lukács), teniendo en cuenta la debacle que se vivía en los países comunistas en el siglo XX a raíz de las interpretaciones leninistas de Marx y la utilización de criterios absolutamente restrictivos para determinar qué debería considerarse como verdaderas necesidades y qué no.<sup>296</sup>

Para los miembros de la Escuela de Budapest las necesidades hacen parte de una tríada de elementos que pueden considerarse el fundamento de los derechos humanos. Explica Joaquín Herrera Flores que el trabajo humano, las necesidades y las preferencias axiológicas constituyen dicha tríada, que en el fondo solo son la expresión de los tres ideales de valor para la teoría de la Escuela de Budapest, es decir, (i) el hombre en comunidad – lo bueno; (ii) el hombre en relación directa con los demás – lo bello; (iii) el hombre en democracia – lo verdadero.<sup>297</sup> De lo anterior se desprende que las necesidades no puedan ser entendidas aisladamente, pues en efecto su origen puede observarse desde el continuo trabajo – necesidad, postulado por Marx, pero con una diferencia sustancial, la inclusión de preferencias axiológicas que le permitirán al ser humano decidir qué es una necesidad y qué no, con lo que se evita el problema del trabajo alienado y la imposición de lo qué es necesidad por un tercero.

Por esta razón Agnes Heller prefiere no negar *a priori* ninguna necesidad, por superflua que pueda parecer, sino que se limita a señalar que estas pueden entenderse en dos sentidos, uno negativo (cuantitativo), relacionado con el entendimiento tradicional de las necesidades como carencias y sufrimientos, y uno positivo (cualitativo), entendido como proyecto o plan de vida, es decir las posibilidades de comprensión y expresión del mundo que nos rodea.<sup>298</sup>

---

<sup>296</sup> El contexto histórico es determinante para la construcción de las tesis de los miembros de la Escuela de Budapest, quienes a mediados del siglo XX vivieron la persecución del régimen comunista por poner de manifiesto a través de sus reflexiones los fallos del sistema, y considerárseles por ende enemigos del proletariado. Para ampliar el contexto histórico de la Escuela de Budapest ver Joaquín HERRERA FLORES, *Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest*, Op. Cit. p. 13-47.

<sup>297</sup> *Id.*, p. 52 a 58.

<sup>298</sup> *Id.*, p. 70 a 74. En este mismo sentido María José AÑÓN, *Necesidades y Derechos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 66 - 93. La idea de la posibilidad de formas de vida plurales es muy fuerte en Heller, de allí que la democracia sea tan importante no solo para ella, sino para toda la Escuela de Budapest.

La inclusión axiológica permite adicionalmente solucionar una dificultad al manejar un concepto tan amplio de necesidad, y es el de los intereses moralmente perversos, Heller limita las necesidades a la bondad moral, indicando que solo podrá entenderse como necesidades aquellas que no supongan la utilización de otro ser humano como mero medio y por ende su explotación.

Las reflexiones de la Escuela de Budapest se desarrollan de manera paralela con los progresos que sobre la materia venía desarrollando la psicología desde inicios del siglo XX, por lo que vale la pena resaltar aquí cuando menos un hito en la materia.<sup>299</sup>

En 1943 Abraham Maslow empieza a teorizar sobre las necesidades en clave de la psique humana, y las entiende como *uno* de los factores que motivan el comportamiento humano. Él identifica cinco tipos de necesidades, que impulsan a los seres humanos<sup>300</sup>:

1) Necesidades fisiológicas. Dentro de esta categoría se encuentran todas las necesidades del cuerpo humano, tales como alimento, descanso, vestido, sexo (el autor la entiende y clasifica como necesidad fisiológica), etcétera.

2) Necesidades de seguridad y estabilidad. Aquí se encuentra todo tipo de situaciones que den este sentimiento a la persona. Maslow sostiene que el organismo es un mecanismo de búsqueda de seguridad. La meta u objetivo dominante aquí está relacionada no solo con la perspectiva actual e ideas que se tienen del mundo, sino también con el futuro. Por ello se pueden incluir acá la seguridad física, la seguridad en el empleo, en la propiedad, en la salud, entre otros.

3) Necesidades de afecto (amor) y pertenencia. Se trata de un tipo de necesidad más intangible, pues se trata del establecimiento de relaciones con otras personas: la familia, una pareja, amigos.

4) Necesidades de estima y reconocimiento. Estas hacen alusión al papel de la

---

<sup>299</sup> No se ahondará en el presente trabajo en las diferentes tesis psicológicas sobre la motivación humana y las necesidades, pues ello excede el campo de investigación del presente documento, y en todo caso, ya ha sido el objeto de estudio de trabajos como el de María José Añón y Joaquín Herrera Flores, ambos citados, por lo que me limitaré a indicar que dentro de los trabajos psicológicos no pueden olvidarse las aportaciones de Freud (las necesidades como instintos) y de Erich Fromm (las necesidades existenciales). Para una referencia más detallada remito al lector a la obra de María José AÑÓN, *Necesidades y Derechos*, Op. Cit., p. 97-147.

<sup>300</sup> Abraham H. MASLOW, *A Theory of Human Motivation*, Tree of Knowledge, New York, Versión Kindle, 2013 (pos. 347 a 545).

persona en colectivos o en la sociedad misma. Estas se subdividen en dos clases:

i. Deseo de fuerza, logro, idoneidad, maestría y competencia, confianza en sí mismo(a) ante el mundo, independencia y libertad.

ii. Deseo de reputación o prestigio (respeto o estima de las otras personas), estatus, fama y gloria, poder, reconocimiento, atención, importancia.

Este tipo de necesidades conducen a sentimientos de autoconfianza, valía, fuerza, capacidad y suficiencia, de ser útil y necesario(a) en el mundo, pero si se frustran estas necesidades, explica Maslow, se producen sentimientos de inferioridad, de debilidad y desamparo, que a la vez dan paso a otros desánimos elementales u otras tendencias neuróticas o compensatorias.

5) Necesidades de autorrealización. Estas se relacionan con la posibilidad de desarrollar los propios talentos en la máxima medida posible, “ser más y más de lo uno es, para llegar a ser todo aquello de lo que uno es capaz” dice Maslow. Se trata sin embargo de un concepto variable de persona a persona, pues cada ser humano tiene metas diferentes (algunas personas quieren ser los mejores padres y madres, mientras otra persona quiere ser el mejor deportista del mundo).

El primer y segundo grupo de necesidades bien pueden encuadrarse como necesidades materiales, por cuanto suponen la provisión de todo aquello necesario para el mantenimiento del cuerpo humano y el mantenimiento de su funcionamiento, que en caso de carencia, pueden llevar a la persona a la muerte. Las demás necesidades responden más bien a un orden psicológico, intangible, y son explicadas por Maslow como básicas en cuanto se relacionan con la salud mental de las personas y el establecimiento de relaciones interpersonales adecuadas. Es por esto que se suele hablar de la pirámide de Maslow, pues la prioridad de las necesidades se puede imaginar ascendiendo por niveles, en la parte baja se encontrarían las necesidades fisiológicas, y en la cúspide las de autorrealización. Pese a lo anterior, Maslow reconoce que pueden existir excepciones a esta regla, y en ciertos casos, como el de psicópatas, no existiría por ejemplo la necesidad de afecto.

Un punto importante que también explica el autor, es lo que ocurre cuando las necesidades fisiológicas, es decir las más básicas para el ser humano, no son satisfechas. Las personas que sufren hambre crónica y carencias materiales, solo orientarán sus



esfuerzos en calmar el hambre, por lo que sus potencialidades quedan relegadas, y nada más importa en su vida.<sup>301</sup> Las consecuencias en el mundo del Derecho de una situación así no son irreales, pues estas personas dejarán de ser sujetos morales, y sujetos políticos, por lo que la calidad de la democracia empieza a verse afectada; además, la insatisfacción de otro tipo de necesidades, al tener consecuencias nefastas en la psique de las personas y por ende en sus relaciones interpersonales, implicará en el largo plazo, deterioro en el tejido social y en las relaciones sociales.

Existe otra clasificación de obligada referencia para el mundo hispano en el tema de las necesidades, se trata de la expuesta dentro de la teoría del *desarrollo a escala humana*, de Manfred Max-Neef, Antonio Elizalde y Martín Hopenhayn.<sup>302</sup> Estos autores identifican nueve tipos de necesidades, de índole axiológica, y los relacionan con cuatro categorías existenciales; a continuación se presenta la matriz en la que se recoge esta idea:

Tabla 1  
Necesidades según la teoría del desarrollo a escala humana

Necesidades según categorías axiológicas	Necesidades según categorías existenciales			
	Ser	Tener	Hacer	Estar
<b>Subsistencia</b>	(1) Salud física y mental, equilibrio, solidaridad, humor, adaptabilidad	(2) Alimentación, abrigo, trabajo	(3) Alimentar, procrear, descansar, trabajar	(4) Entorno vital, entorno social
<b>Protección</b>	(5) Cuidado, adaptabilidad, autonomía, equilibrio, solidaridad	(6) Sistemas de seguros, ahorro, seguridad social, salud. Legislaciones, derechos, familia, trabajo	(7) Cooperar, prevenir, planificar, cuidar, curar, defender	(8) Entorno vital, entorno social, morada
<b>Afecto</b>	(9) Autoestima, solidaridad, respeto, tolerancia, generosidad, receptividad, pasión, voluntad, sensualidad, humor	(10) Amistades, parejas, familia, animales domésticos, plantas, jardines	(11) Hacer el amor, acariciar, expresar emociones, compartir, cuidar, cultivar, apreciar	(12) Privacidad, intimidad, hogar, espacios de encuentro
<b>Entendimiento</b>	(13) Conciencia crítica, receptividad, curiosidad, asombro, disciplina, intuición,	(14) Literatura, maestros, método, políticas educacionales,	(15) Investigar, estudiar, experimentar, educar, analizar,	(16) Ámbitos de interacción formativa: escuelas, universidades, academias, agrupaciones,

<sup>301</sup> Dice Maslow: “Una persona que carece de alimento, seguridad, amor y estima, probablemente sentiría con más fuerza el hambre de comida antes que de cualquier otra cosa. Si todas las necesidades están sin satisfacer, y el organismo por tanto, está dominado por las necesidades fisiológicas, las restantes necesidades simplemente pueden ser inexistentes o ser desplazadas al fondo. Entonces, resulta claro caracterizar al organismo entero diciendo simplemente que tiene hambre porque la consciencia está completamente embargada por el hambre. Todas las capacidades se ponen al servicio de satisfacer el hambre. (...) Para el ser humano, que está en una situación extrema y peligrosa de hambre, no existen otros intereses que no sean la comida. Esa persona sueña con la comida, recuerda la comida, piensa en la comida, se emociona sólo con la comida, percibe la comida y solamente quiere comida.” (Abraham H. MASLOW, *Motivación y personalidad*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 1991, p. 23).

<sup>302</sup> Manfred A. MAX-NEEF, Antonio ELIZALDE y Martín HOPENHAYN, *Desarrollo a escala humana. Conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones*, Nordan/Ícaria, Montevideo/Barcelona, 1998.

	racionalidad	políticas comunicacionales	meditar, interpretar	comunidades, familia
<b>Participación</b>	(17) Adaptabilidad, receptividad, solidaridad, disposición, convicción, entrega, respeto, pasión, humor	(18) Derechos, responsabilidades, obligaciones, atribuciones, trabajo	(19) Afiliarse, cooperar, proponer, compartir, discrepar, acatar, dialogar, acordar, opinar	(20) Ámbitos de Interacción participativa: partidos, asociaciones, iglesias, comunidades, vecindarios, familias
<b>Ocio</b>	(21) Curiosidad, receptividad, imaginación, despreocupación, humor, tranquilidad, sensualidad	(22) Juegos, espectáculos, fiestas, calma	(23) Divagar, abstraerse, soñar, añorar, fantasear, evocar, relajarse, divertirse, jugar	(24) Privacidad, intimidad, espacios de encuentro, tiempo libre, ambientes, paisajes
<b>Creación</b>	(25) Pasión, voluntad, intuición, imaginación, audacia, racionalidad, autonomía, inventiva, curiosidad	(26) Habilidades, destrezas, método, trabajo	(27) Trabajar, inventar, construir, idear, componer, diseñar, interpretar	(28) Ámbitos de producción y retroalimentación: talleres, ateneos, agrupaciones, audiencias, espacios de expresión, libertad temporal
<b>Identidad</b>	(29) Pertenencia, coherencia, diferenciación, autoestima, asertividad	(30) Símbolos, lenguaje, hábitos, costumbres, grupos de referencia, sexualidad, valores, normas, roles, memoria histórica, trabajo	(31) Comprometerse, integrarse, confrontarse, definirse, conocerse, reconocerse, actualizarse, crecer	(32) Socio-ritmos, entornos de la cotidianidad, ámbitos de pertenencia, etapas madurativas
<b>Libertad</b>	(33) Autonomía, autoestima, voluntad, pasión, asertividad, apertura, determinación, audacia, rebeldía, tolerancia	(34) Igualdad de derechos	(35) Discrepar, optar, diferenciarse, arriesgar, conocerse, asumirse, desobedecer, meditar	(36) Plasticidad espacio-temporal
Fuente: Manfred A. Max-Neef, Antonio Elizalde y Martín Hopenhayn <sup>303</sup>				

Esta forma de clasificar las necesidades responde a la concepción que de ellas tienen los autores, pues las entienden no sólo como carencias sino también, y simultáneamente, como potencialidades humanas individuales y colectivas. De esta forma, entienden que se requiere un conjunto de *satisfactores* para realizar las necesidades (y potencialidades por ende), que son formas de *ser, tener, hacer y estar* del ser humano, y que consecuentemente se requerirá una serie diferenciada de bienes para alcanzar cada tipo de necesidades.<sup>304</sup>

Lo interesante de este esquema, es que no se trata de bienes absolutos, pues los autores reconocen la importancia de los matices que cada cultura imprime a su contexto, por lo que los bienes serán variables dependiendo del contexto,<sup>305</sup> sin negar las coincidencias que puedan llegar a darse, por ejemplo, porque todos los seres humanos compartimos la necesidad de alimentarnos.

<sup>303</sup> Íd., p. 58-59

<sup>304</sup> Íd., p. 56

<sup>305</sup> Íd., p. 57.

Explican adicionalmente los autores que hay una recíproca implicación entre bienes y satisfactores, pues al afectar los primeros la eficiencia de los segundos, los satisfactores determinarán la generación y creación de bienes, y esto resultará en que ambos sean parte y definición de una cultura, por los que serán determinantes de los estilos de desarrollo de un país u otro.<sup>306</sup> Entiendo por lo anterior, que la satisfacción de necesidades está supeditada a los bienes que se destinen para tal fin, pero a su vez, las necesidades revisten tal importancia que superarán las barreras de bienes y redefinirán cuáles son los bienes necesarios para satisfacerlas.

Además, por tratarse de elementos culturales, su influencia es trascendental, al punto de que determinarán el modelo de desarrollo de un país, quizás el caso que mejor ejemplifique esto sea la comparación de una sociedad tecnológica consumista con una comunidad indígena, la primera enfoca grandes esfuerzos en satisfacer necesidades específicas para su contexto, por ejemplo, fomentar la comunicación a través de móviles inteligentes, pero sin considerar a fondo las repercusiones ambientales de los aparatos una vez dejen de ser útiles; la segunda tiene una cosmovisión en la que no se concibe al ser humano como completo sin concebirlo en completa armonía con la tierra (*Pachamama*). La primera sociedad del ejemplo realiza varias de sus necesidades de ocio, participación, creación e identidad, pero se está poniendo en deuda de largo plazo con sus necesidades de subsistencia y protección; la segunda sociedad tiene ampliamente desarrolladas sus necesidades de subsistencia y protección, pues da gran importancia a su entorno vital.

Otra clasificación que vale la pena recordar, es la hecha por Gregorio Peces-Barba,<sup>307</sup> quien relacionaba las necesidades básicas con la libertad en su faceta promocional (en contraposición a sus facetas como no interferencia y como participación), e indicaba que se pueden diferenciar tres tipos de necesidades según sus finalidades últimas: radicales, de mantenimiento y de mejora.

Por necesidades *radicales* entendía aquellas que conciernen directamente con la vida misma, pues su satisfacción está relacionada con las condiciones antropológicas mínimas que identifican al ser humano, es decir, hacen viable la vida humana. Las necesidades de *mantenimiento* serían aquellas que permitirían al ser humano permanecer

---

<sup>306</sup> Ibid.

<sup>307</sup> Gregorio PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 222 y ss.

en niveles normales y generalizados de vida, y por ende, mantener la capacidad de elección ilustrada. Dentro de este grupo el profesor Peces-Barba ubicaba por ejemplo una alimentación suficiente y sana, educación básica, sanidad, vivienda, seguridad social.

Por último, las necesidades de *mejora* se relacionan con las posibilidades de desarrollo, crecimiento y progreso físico, económico, cultural y social del ser humano. Cuando estas son satisfechas, explicaba el profesor Peces-Barba, se incrementa el nivel de decisión, la capacidad de discernimiento y de elección, y se acrecientan las posibilidades de desarrollo moral de la persona, por ello dentro de este grupo se encontrarían por ejemplo, la educación superior, la investigación, o incluso la participación adecuada en el PIB.

El panorama de análisis de fundamentación de los derechos, y en consecuencia el estudio de las necesidades humanas, no estaría completo si no se incluyen las consideraciones de Martha Nussbaum. Si bien lo usual es ubicar los estudios de la autora en la igualdad o en las teorías de la justicia dada su propuesta de capacidades, en este texto se opta por ubicarla dentro del análisis de las necesidades humanas debido a que su enfoque tiene una estrecha cercanía conceptual con estas.

Así, en su estudio *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*<sup>308</sup> pone de manifiesto la relación entre las capacidades como elemento que permite ejercer en verdad derechos, aunque en su criterio se trata de una noción aún oscura dada la multiplicidad de abordajes filosóficos al respecto por lo que prefiere pasar del lenguaje de los derechos al lenguaje de las capacidades.<sup>309</sup> Para esta autora es mejor pensar los derechos en términos de *capacidades para el funcionamiento*, o expresado de otra forma, “colocar a los ciudadanos en una posición de capacidad combinada para funcionar en esa área.”<sup>310</sup> A partir del ejemplo del derecho a la vivienda la autora explica la diferencia entre tres de los principales enfoques al respecto:

“Tomemos, por ejemplo, el derecho a tener techo y vivienda. Este tipo de derecho puede analizarse de diferentes maneras: en términos de recursos, o de utilidad (satisfacción), o de capacidades. (...) Si pensamos acerca del derecho a tener techo como

---

<sup>308</sup> Martha NUSSBAUM, *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*, Herder, Barcelona, 2002.

<sup>309</sup> Íd., p. 143 y ss.

<sup>310</sup> Íd., p. 145.

un derecho a una cierta cantidad de recursos, nos introducimos en el mismo problema que traté en la sección III: dar recursos a la gente no siempre conduce a que gente que se encuentra en situaciones diferentes llegue al mismo nivel de capacidad para el funcionamiento. También el análisis basado en la utilidad se encuentra con un problema: la gente que tradicionalmente sufre privaciones podrá estar satisfecha con un nivel de vida muy bajo, creyendo que esto es todo lo que puede esperar obtener. En cambio, un análisis de las capacidades contempla qué capacitación real tiene la gente para vivir. Analizar los derechos económicos y materiales en términos de capacidades nos habilita, así, a explicar claramente las razones que tenemos para desembolsar montos desiguales de dinero en los desaventajados, o para crear programas especiales a fin de ayudarles en su transición hacia la plena capacidad.”<sup>311</sup> (Énfasis añadidos)

De acuerdo con lo anterior, la forma de distribución bienes y servicios más adecuada, compartiendo el criterio de Nussbaum, debería tener presente otros aspectos adicionales al simple reparto numérico de recursos o a la mera utilidad que proporcionan.

El otro aspecto relevante de la teoría de Nussbaum es su imperativo ético o principio de *tratar a cada persona como fin*, que implica que el individuo es la unidad básica para la distribución política<sup>312</sup>, y que en términos prácticos se traduce en que la sociedad debe asegurar: “un nivel mínimo de bienes básicos de vida a cada uno, viendo cada vida como merecedora de un apoyo básico para vivir como también de las libertades y oportunidades básicas; esos principios mandan también que no debemos quedarnos contentos con un glorioso total o promedio, mientras algunos individuos sufren carencias, sea de libertad o de bienestar material.”<sup>313</sup> (Énfasis añadido)

Nussbaum entonces aboga por la protección de cuando menos un mismo umbral mínimo de capacidades para todas las personas individualmente consideradas y teniendo en cuenta sus diferencias claro está, pues el *principio de la capacidad de cada persona* será el norte de su teoría.<sup>314</sup>

En ese momento se hace evidente el nexo entre las necesidades y las capacidades, pues la autora explicita lo que en su criterio resulta necesario para construir

---

<sup>311</sup> Íd., p. 146.

<sup>312</sup> Íd., p. 326.

<sup>313</sup> Ibíd. También p. 117 y 119.

<sup>314</sup> Íd., p. 115, 325. La autora señala este elemento en clave feminista, pues resalta las dificultades que viven las mujeres dentro del grupo familiar para ser consideradas fines en sí mismas, o cuando menos personas individualmente consideradas. En este sentido expresa lo siguiente: “En muchos casos, el daño que las mujeres sufren en la familia asume una forma particular: la mujer es tratada no como un fin en sí misma, sino como un agregado o un instrumento de las necesidades de los otros, como una mera reproductora, cocinera, fregadora, lugar de descarga sexual, cuidadora, más que como una fuente de capacidad para elegir y perseguir metas y como una fuente de dignidad en sí misma.” (Íd., p. 322)

dicho umbral mínimo de capacidades, aunque no lo etiqueta como necesidades propiamente dichas sino que establece el listado de *capacidades centrales para el funcionamiento humano* que queda abierto a diversas necesidades con que se puede satisfacer cada uno de los componentes: (i) vida, (ii) salud corporal, (iii) integridad corporal, (iv) sentidos, imaginación y pensamiento, (v) emociones (vi) razón práctica, (vii) afiliación (vivir con y hacia otros y respeto por sí mismo), (viii) relación con otras especies, (ix) juego, (x) control del propio entorno (político y material).<sup>315</sup>

Tabla 2  
**Capacidades centrales para el funcionamiento humano Nussbaum**

Capacidades	Explicación
Vida	Ser capaz de vivir hasta el final una vida humana de extensión normal; no morir prematuramente, o antes de que la propia vida se haya reducido de tal modo que ya no merezca vivirse.
Salud corporal	Ser capaz de tener buena salud, incluyendo la salud reproductiva; estar adecuadamente alimentado; tener un techo adecuado.
Integridad corporal	Ser capaz de moverse libremente de un lugar a otro; que los límites del propio cuerpo sean tratados como soberanos, es decir, capaces de seguridad ante asalto, incluido el asalto sexual, el abuso sexual de menores y la violencia doméstica; tener oportunidades para la satisfacción sexual y para la elección en materia de reproducción.
Sentidos, imaginación y pensamiento	Ser capaz de utilizar los sentidos, de imaginar, pensar y razonar, y de hacer todo esto de forma «verdaderamente humana», forma plasmada y cultivada por una adecuada educación, incluyendo, aunque no solamente, alfabetización y entrenamiento científico y matemático básico. Ser capaz de utilizar la imaginación y el pensamiento en conexión con la experiencia y la producción de obras y eventos de expresión y elección propia, en lo religioso, literario, musical, etc. Ser capaz de utilizar la propia mente de manera protegida por las garantías de libertad de expresión con respeto tanto al discurso político como artístico, y libertad de práctica religiosa. Ser capaz de buscar el sentido último de la vida a la propia manera. Ser capaz de tener experiencias placenteras y de evitar el sufrimiento innecesario.
Emociones	Ser capaz de tener vinculaciones con cosas y personas fuera de uno mismo, de amar a quienes nos aman y cuidan de nosotros, de penar por su ausencia, y, en general, de amar, de penar, de experimentar nostalgia, gratitud y temor justificado. Que el propio desarrollo emocional no esté arruinado por un temor o preocupación aplastante, o por sucesos traumáticos de abuso o descuido. (Apoyar esta capacidad significa apoyar formas de asociación humana que pueden mostrarse como cruciales en su desarrollo.)
Razón práctica	Ser capaz de plasmar una concepción del bien y de comprometerse en una reflexión crítica acerca del planeamiento de la propia vida. (Esto implica protección de la libertad de consciencia.)
Afiliación	A. Ser capaz de vivir con y hacia otros, de reconocer y mostrar preocupación por otros seres humanos, de comprometerse en diferentes maneras de interacción social; ser capaz de imaginarse la situación de otros y de tener compasión de tal situación; ser capaz tanto de justicia cuanto de amistad. (Proteger esta capacidad significa proteger instituciones que constituyen y alimentan tales formas de afiliación, y proteger asimismo la libertad de

<sup>315</sup> Íd., p. 120-123. También p. 324-325.

	reunión y de discurso político.)  B. Poseer las bases sociales del respeto de sí mismo y de la no humillación; ser capaz de ser tratado como un ser dignificado cuyo valor es igual al de los demás. Esto implica, como mínimo, protección contra la discriminación basada en la raza, el sexo, la orientación sexual, la religión, la casta, la etnia o el origen nacional. En el trabajo, ser capaz de trabajar como un ser humano, haciendo uso de la razón práctica e ingresando en significativas relaciones de reconocimiento mutuo con otros trabajadores.
Otras especies	Ser capaz de vivir con cuidado por los animales, las plantas y el mundo de la naturaleza y en relación con todo ello.
Juego	Ser capaz de reír, jugar y disfrutar de actividades recreativas.
Control del propio entorno	A. Político. Ser capaz de participar efectivamente en elecciones políticas que gobiernen la propia vida; tener el derecho de participación política, de protecciones de la libre expresión y asociación.  B. Material. Ser capaz de tener propiedad (tanto de la tierra como de bienes muebles), no solamente de manera formal sino en términos de real oportunidad; y tener derechos de propiedad sobre una base de igualdad con otros; tener el derecho de buscar empleo sobre una base de igualdad con otros; no estar sujeto a registro e incautación de forma injustificada.

Fuente: Nussbaum<sup>316</sup>

Elaboración propia

Como se puede observar al revisar el listado, varias de las capacidades básicas de la tesis de Nussbaum coinciden con diversas categorías de necesidades de las clasificaciones señaladas anteriormente, con la particularidad de que la autora se aventura a proponer un listado actualizado al contexto social y político actual, y aunque no sea completamente partidaria del lenguaje de derechos, es justamente como plantea las capacidades básicas; así por ejemplo, cuando habla de las *capacidades de control del propio entorno material* es posible vislumbrar que se refiere a varios de los derechos humanos laborales que la OIT viene defendiendo desde que se acuñara la expresión *trabajo decente*, o cuando incluye en la capacidad básica de salud tener un techo adecuado es inevitable pensar en el derecho a la vivienda digna.

Dado que en el presente texto se ha optado por diferenciar con claridad las necesidades y sus satisfactores, este resulta ser un aspecto problemático de la teoría de Nussbaum pues en mi criterio los confunde. Así puede observarse en apartados de su texto como el siguiente:

“Al medir quién está mejor y quién peor en cuestión de recursos, el modelo de Rawls descuida un hecho destacado de la vida: el de que los individuos varían mucho en sus necesidades de recursos y en sus capacidades para convertir los recursos en

<sup>316</sup> Íd., p. 120-123.



funcionamientos valiosos. Algunas de esas diferencias son directamente físicas. Las necesidades nutricionales varían con la edad, la ocupación y el sexo. Una mujer embarazada o en el tiempo de lactancia necesita más alimento que una mujer no embarazada. Un niño necesita más proteínas que un adulto.”<sup>317</sup> (Énfasis añadido)

En todo caso, este criterio de Nussbaum permite reflexionar sobre la diferente *intensidad de uso y especialidad*<sup>318</sup> de los satisfactores de necesidades dependiendo de la situación de cada persona; esto es especialmente visible con la situación de las personas con discapacidad, los adultos mayores y las personas que los cuidan (por lo general mujeres), que en palabras de la misma Nussbaum, requieren disposiciones sociales atípicas y necesitan muchas más cosas que las demás personas no para obtener un trato justo dada la mayor carga que soportan en la sociedad<sup>319</sup>.

Si bien los catálogos de necesidades habían sido criticados por la reflexión filosófica, por considerar que podrían ser utilizados más bien como herramientas de dominación al servicio del poder –capitalista y socialista por igual-, resulta evidente que empezar a entender la naturaleza humana de manera más concreta, da ciertas pautas de orientación sobre los mínimos admisibles para la vida humana, y permite contextualizar a qué nos hemos de referir cuando se hable de derechos fundamentales y necesidades. Adicionalmente, los catálogos de necesidades permiten empezar una reflexión en torno a los medios de satisfacción de aquellas y que una legislación debe proteger, diferenciando así las necesidades como parte de la esfera de los derechos y los satisfactores como componentes de las garantías, pero no nos adelantemos más por lo pronto a lo que será objeto del tercer capítulo.

Dentro de las tesis que entienden las necesidades humanas como fundamento de los derechos fundamentales se pueden entonces identificar dos corrientes teóricas: una que se puede denominar absoluta y otra instrumental. La primera hace referencia a que las necesidades son suficiente fundamento de los derechos; esta tendencia se puede

---

<sup>317</sup> Íd., p. 108.

<sup>318</sup> Piénsese por ejemplo en una persona que está afrontando una enfermedad catastrófica, su necesidad de salud y acceso a los servicios de salud es la misma que la de una persona sana, pero a diferencia de esta última ella requeriría cuando menos medicamentos y tratamientos especializados.

<sup>319</sup> Martha NUSSBAUM, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Paidós, Barcelona, 2007, p. 110-113. Dentro de las *necesidades* de los cuidadores de personas dependiente la autora enuncia de manera ejemplificativa las siguientes: “reconocimiento de que están haciendo un trabajo; asistencia, tanto humana como financiera; oportunidades para encontrar un empleo satisfactorio y para poder participar en la vida política y social.” (Íd., p. 111)



encontrar en el trabajo de autoras como González Contró,<sup>320</sup> quien intenta explicar los derechos de los niños desde este punto de vista, y afirma que los derechos encuentran su fundamento en las necesidades básicas humanas, siempre que se reúnan ciertos requisitos: (i) ser traducibles al lenguaje de los derechos; (ii) existir la posibilidad de su realización; (iii) ser universales; (iv) apelar a fines últimos; y (v) ser indispensables para la salud física y la autonomía, de tal manera que su no satisfacción tenga como consecuencia un daño grave para el individuo, recalcando para el caso de los niños y niñas, que se requiere describir específicamente cuáles son estas necesidades y cuáles exigen satisfacción incondicional.

En cuanto a la segunda tendencia, la instrumental, se debe mencionar que se trata de poner de manifiesto que si bien las necesidades humanas son relevantes a la hora de fundamentar derechos, no son el único criterio que debe tomarse en cuenta, pues una fundamentación obtenida de esta forma adolece del nexo lógico entre el derecho y las razones por las que ha de satisfacerse, y, de varios problemas relacionados con la no unicidad en la definición del concepto *necesidad* y su confusión con otros términos similares como deseos, intereses, gustos, etc.;<sup>321</sup> también por la dificultad de una fundamentación empírica de las necesidades, y la imposibilidad de catalogar, jerarquizar, delimitar y hacer una tipología de las mismas.<sup>322</sup> Esta tendencia es la expuesta por María José Añón y Javier de Lucas, quienes explican:

“la noción de necesidades humanas básicas nos ofrece argumentos nada desdeñables para clarificar, junto con otros formulados desde diferentes perspectivas, el problema abierto de la fundamentación, o, dicho en otros términos, que la teoría de las necesidades en relación con los derechos humanos es útil sobre todo a la hora de ofrecer argumentos de fundamentación de los derechos, y no para establecer directamente la existencia de los mismos. En este sentido y desde los intentos que hasta ahora se han propuesto de una posible fundamentación de los derechos humanos en las necesidades básicas podemos afirmar que el recurso a las necesidades supondría aceptar que en ellas se encuentra el sustrato antropológico de los derechos, de forma que reconocer, ejercer y proteger un derecho básico significa, en última instancia, que se pretende satisfacer una serie de necesidades, entendidas como exigencias de una vida digna.”<sup>323</sup>

---

<sup>320</sup> Mónica GONZÁLEZ CONTRÓ, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, UNAM, México, 2008, p. 105 a 133.

<sup>321</sup> Un error en el que considero también incurre Carlos Santiago NINO en “Autonomía y Necesidades Básicas”, Op. Cit., p. 21, al indicar que las necesidades se pueden explicar en un sentido instrumental, y en un sentido absoluto, sosteniendo que el primero se relaciona con los deseos del agente, y el segundo, con que “el fin al que la necesidad está condicionada está fijado como parte del concepto”.

<sup>322</sup> María José AÑÓN y Javier de LUCAS, “Necesidades, razones, derechos”, Op. Cit. p. 55 a 81.

<sup>323</sup> Íd. p. 75 y 76.

De acuerdo con lo anterior, no es posible una fundamentación de los derechos fundamentales basada únicamente en las necesidades básicas humanas. De conformidad con lo expuesto por Añón y de Lucas, la aproximación más adecuada es la instrumental, pues las necesidades no son en sí mismas suficiente justificación, se requerirá *algo adicional* que haga las veces de puente lógico entre las necesidades y los derechos, y este algo son los valores superiores, por ello, como bien dicen Añón y de Lucas,<sup>324</sup> las necesidades aportan argumentos valiosos, pero no son el único argumento de fundamentación.

El recorrido realizado hasta aquí por la teoría de las necesidades clarifica varios aspectos necesarios a la hora de incluir las necesidades en un modelo de fundamentación de derechos fundamentales, sin embargo, no estaría completo si no se hacen unas consideraciones finales que permitan contar con una definición más o menos funcional, que permita identificar qué es una necesidad, pues hasta el momento no se ha dado una definición sino que se han analizado sus diferentes matices explorando precisamente su polisemia y las dificultades que de ella devienen.

Para este cometido resulta esclarecedor el punto de vista de María José Añón, quien apoyándose en las tesis de personas como Christian Bay, Johan Galtung y Garret Thomson,<sup>325</sup> pone de manifiesto que una de las mejores formas de definir el concepto necesidades es a través de una vía negativa que atiende a elementos como el daño, la privación o el sufrimiento, pues así el asunto no se enfoca en la definición misma –y en sus problemas–, sino en la verificación de que existe una necesidad “cuando se da una situación que produce un daño de desminado carácter a un ser humano”.<sup>326</sup>

En síntesis, la autora entiende que las necesidades se pueden descubrir a través del daño o sufrimiento que se causaría a una persona con la no satisfacción de cierta situación o provisión de bienes, entendiendo por este aquel que “experimentado por un ser humano origina una degeneración permanente de su calidad de vida y de su integridad física y/o moral.”<sup>327</sup> María José Añón, luego de un juicioso análisis, define la necesidad así:

---

<sup>324</sup> Íd. p. 81.

<sup>325</sup> María José AÑÓN, *Necesidades y Derechos*, Op. Cit, p. 151-190. Remito al lector/a la exposición pormenorizada que realiza esta autora en su libro de las tesis de estos autores.

<sup>326</sup> Íd. p. 153.

<sup>327</sup> Íd. p. 192.

“es una situación o estado de dependencia, predicado siempre de una persona que tiene un carácter insoslayable, puesto que experimenta un sufrimiento o un daño grave, y dicha situación va a mantenerse exactamente en las mismas condiciones, porque no existe una alternativa racional y práctica que no sea su satisfacción, realización o cumplimiento. La idea de sufrimiento o daño concurre, pues, junto con los rasgos indicados, insoslayabilidad y ausencia de una situación alternativa o imposibilidad de una situación futura sustitutoria acorde con una previsión lo más realista posible. Como ya he señalado, estos elementos han de ser ponderados conjuntamente y es su intersección la que remite a la idea de que estamos en presencia de un bien no negociable o de una situación en circunstancias no negociables que no apuntan a ninguna otra alternativa real.”<sup>328</sup>

De la anterior definición se debe resaltar que la autora pone especial énfasis en los tres rasgos que permitirían identificar una necesidad humana: (i) que no puede pasarse por alto, es decir, su insoslayabilidad; (ii) la idea de sufrimiento o daño; y, (iii) ausencia de una situación alternativa o imposibilidad de una situación futura sustitutoria (realista). María José Añón pone de manifiesto que debe mirarse a las necesidades desde dos puntos de vista: uno descriptivo y otro normativo o prescriptivo. El primero se adopta cuando se hace referencia a la existencia de una necesidad; el segundo, cuando se parte de una necesidad para justificar la pretensión o exigencia de que sea satisfecha.<sup>329</sup>

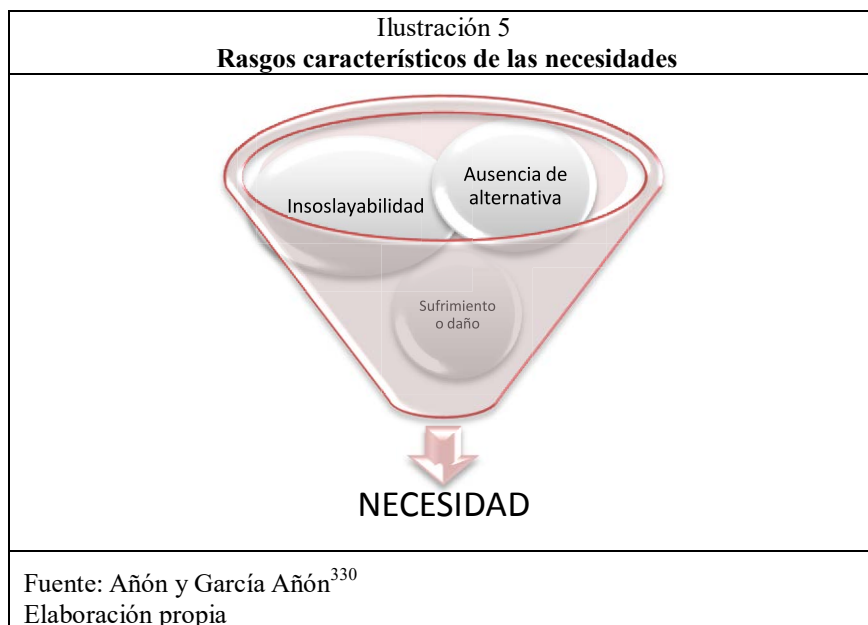
Teniendo en cuenta la imposible definición en un sentido unívoco, María José Añón propone una definición útil al Derecho, pues recoge los aspectos que deben tenerse en cuenta a la hora de positivizar un proyecto moral inspirado en las necesidades humanas (y claro está, realizarlo), y en el sufrimiento o daño que se ocasionaría al ser humano y consecuentemente a los valores que fundamentan los derechos fundamentales con su no satisfacción: lesiones a la dignidad humana (y a la integridad física), a la libertad y autonomía moral, y a una igual consideración y tratamiento por parte de otros y del Estado, entre otras situaciones posibles.

Se puede concluir entonces, que las necesidades no pueden ser definidas por vía positiva, especialmente en el campo del Derecho, por lo que lo más conveniente es acudir a determinaciones caso a caso, teniendo en cuenta sus tres rasgos característicos, de suerte que al momento de pensar en esta categoría lo conveniente es pensar en ella en un continuo como el que se presenta en el siguiente gráfico.

---

<sup>328</sup> Íd. p. 193.

<sup>329</sup> María José AÑÓN, José GARCÍA AÑÓN (Coors.), *Lecciones de derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 95 y 96.



Para finalizar este acápite, se debe concluir que existe una conexión entre la fundamentación en las necesidades básicas humanas y la fundamentación en valores, pues la primera permite acercarse de manera objetiva a una fundamentación racional y antropológica de los derechos fundamentales, y le es por ende instrumental a la fundamentación en valores, pues es útil para detectar los nuevos espacios en que se requiere que un derecho nazca, o en otros términos, permite detectar cierto tipo de pretensiones morales que requieren ser positivadas, pero se recuerda, esta no es suficiente para constituir una justificación autónoma, ya que la conexión lógica entre una necesidad y un derecho subyace en los valores.<sup>331</sup>

La fundamentación basada en necesidades presenta una ventaja adicional a la hora de realizar los derechos fundamentales, en especial de los sociales, pues facilita el

<sup>330</sup> Ibid.

<sup>331</sup> No puedo entonces compartir enteramente la postura de autores como Liborio HIERRO, “¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto”, en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales* N° 46, Madrid, 1982, quien define los derechos como necesidades, pero no explicita una relación axiológica entre derechos y necesidades, sino que sustenta su afirmación únicamente en la existencia de un deber exigible a un tercero. En dicho artículo sostenía: “De lo dicho podemos concluir aproximadamente que tener un derecho es tener una necesidad cuya satisfacción hay razones suficientes para exigir en todo caso; consecuentemente, tener un derecho es, jurídicamente hablando, tener una necesidad que las normas del sistema jurídico exigen satisfacer en todo caso.” (p. 57) Pero para que las palabras de este autor no queden completamente fuera de contexto, se abordarán sus aportes en el acápite siguiente al tocar el tema del concepto de los derechos fundamentales.

establecimiento de las garantías requeridas para el cumplimiento de los derechos positivizados y su monitoreo. Esto es posible a través de la construcción de catálogos de necesidades en clave de mínimos vitales y la determinación de satisfactores formales, como por ejemplo, los cálculos de consumo calórico diario realizados por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO por su sigla en inglés).

A modo de ejemplo se puede mencionar que la FAO indicó en 1985 en un informe técnico varios ítems que conforman los requerimientos de necesidades de energía y de proteínas para las personas dependiendo de su edad, sexo y nivel de actividad, y los actualizó en 2004.<sup>332</sup> De estos ítems se puede destacar la estimación de las necesidades de aminoácidos diarias, que se presenta en la figura a continuación, y que permite hacer más explícito el tema que se analiza.

<p>Tabla 3</p> <p><b>Estimación de las necesidades de aminoácidos por edades</b></p>					
Cuadro 4. Estimación de las necesidades de aminoácidos en diferentes edades (mg/kg por día) <sup>a</sup>					
Aminoácidos	Lactantes (3-4 meses) (ref. 12)	Niños (2 años) (ref. 81, 82)	Escolares (10-12 años) (ref. 12) (ref. 85)		Adultos (ref. 12)
Fenilalanina + tirosina	125	69	27	22	14
Histidina	28	?	?	?	[8-12] <sup>b</sup>
Isoleucina	70	31	30	28	10
Leucina	161	73	45	44	14
Lisina	103	64	60	44	12
Metionina + cistina	58	27	27	22	13
Treonina	87	37	35	28	7
Triptófano	17	12,5	4	3,3	3,5
Valina	93	38	33	25	10
<b>Total de aminoácidos esenciales</b>	<b>714</b>	<b>352</b>	<b>261</b>	<b>216</b>	<b>84</b>
<p><sup>a</sup> La distribución de las necesidades de aminoácidos esenciales en los lactantes presentada en la primera columna de este cuadro difiere algo de la observada en la leche humana (cuadro 38), la cual es más rica en aminoácidos azufrados y en triptófano. Si se adopta (sección 7.3.3) como criterio de distribución para la calidad de las proteínas contenidas en las dietas para lactantes la distribución observada en la leche humana se llegará, en comparación con este cuadro, a una estimación diferente. Conviene, no obstante, recordar que reina cierta incertidumbre en cuanto a las mediciones de las necesidades de los distintos aminoácidos por separado.</p> <p><sup>b</sup> No está indicado en la referencia 12 (véase el texto).</p>					
Fuente: OMS, FAO, UNU <sup>333</sup>					

<sup>332</sup> Organización Mundial de la Salud, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, Universidad de Naciones Unidas, *Necesidades de energía y de proteínas*, Serie de Informes Técnicos, Vol. 724, Ginebra, 1985;

Food and Agriculture Organization of the United Nations, World Health Organization, United Nations University, *Report on human energy requirements*, Food and nutrition technical report series N° 1, Rome, 2004.

<sup>333</sup> Organización Mundial de la Salud, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, Universidad de Naciones Unidas, *Necesidades de energía y de proteínas*, Op. Cit., p. 71.

Como se observa, no se toca directamente con los satisfactores de la necesidad básica *alimentación*, sino que se dan pautas técnicas que pueden realizarse de acuerdo con las costumbres alimenticias de cada lugar, sus cultivos habituales, e inclusive, sus prácticas religiosas. Adicionalmente, se puede observar que acercarse de esta forma al tema de la satisfacción de la necesidad básica de la alimentación permite también diferenciar las particulares características de los niños y niñas y contextualizar sus necesidades específicas.

La metodología de indicadores resulta ser entonces una herramienta muy útil para contextualizar los catálogos de necesidades y consecuentemente hacer operativos los derechos fundamentales, pero el tema de los indicadores se estudiará con mayor detalle en páginas posteriores.

## 1.5. IDEOLOGÍA

Vistos los temas de fundamentación de los derechos fundamentales, y habiendo presentado los elementos de una fundamentación basada en valores superiores y necesidades humanas, quienes leen el presente documento se deben estar preguntando por qué se incluye un título destinado a la ideología. La respuesta es simple, al haberse determinado que no es posible un modelo de fundamentación absoluto y acontextual para los derechos fundamentales, se reconoce la existencia de varios modelos, que dependerán de la interpretación de quien los presente, lo que obliga a preguntarse por qué se llega a conclusiones diversas en el campo político, cuando las posturas han partido con los mismos insumos de pensamiento.

Se requiere indagar entonces en la filosofía y el mundo de las ideas que llevan a que las personas conciban el mundo de una forma y no de otra, pues no de otro modo se pueden explicar fenómenos como el relegamiento de los derechos sociales, y de los derechos de *nuevas generaciones*, a la categoría de normas programáticas.

Los derechos fundamentales aún hoy en día, inicios del siglo XXI, siguen arrastrando su génesis histórica y la carga ideológica de las mentes de las personas que los crearon, y sorprendentemente, se mantiene una división de castas que hace que unas generaciones de derechos hayan nacido más afortunadas que otras. En las siguientes

páginas se revisará este fenómeno, teniendo en cuenta que no es una empresa exhaustiva, pues no es posible, ni fácil, catalogar las corrientes de pensamiento político de manera única y explicativa de todos los contextos y para todas las sociedades. Por tal razón, se revisará un concepto de *ideología*, amplio, adecuado y suficiente, que reconozca las dificultades y debates en torno a su construcción, pero que no se diluya en el descuerdo de las ciencias sociales aún imperante sobre el mismo.

### 1.5.1. Origen del término *ideología*

Este término se origina gracias a la obra de un grupo de filósofos franceses del Siglo XVII a mediados del XIX, denominados originalmente los ideólogos (*les idéologues*), dentro de quienes se encuentran, repartidos en tres generaciones, los siguientes pensadores:<sup>334</sup> primera, Condorcet, Sieyès, Volney, Roeder, Garat, Laplace y Pinel; segunda, André Cabanis, Destutt de Tracy, Danou, Jean-Baptiste Say y Maine de Biran; y tercera, Joseph Marie Degérando, Pierre Laromiguière.

La importancia de este grupo de filósofos radica en su influencia en el pensamiento pre y post revolucionario de la Revolución francesa de 1789; pero no solo eso, su influjo traspasó fronteras, alcanzando al pensamiento español de la época, pues alrededor de 1821 aparecieron varias traducciones de obras de los ideólogos más notables,<sup>335</sup> e inclusive, varios años después (en 1870) y en otro continente, se llegó a debatir si era conveniente o no utilizar la obra de Destutt de Tracy en la recién fundada “Universidad Nacional de los Estados Unidos de Colombia”.<sup>336</sup>

<sup>334</sup> María Luisa SÁNCHEZ-MEJÍA, “La teoría política de los *ideólogos*” en Cabanis, André y Destutt de Tracy, Antoine-Louise-Claude, *Textos políticos de los ideólogos*; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, (ed. y prelim. de María Luisa Sánchez-Mejía; traducción de Luis Risco y Ramón Salas), p. XII a XIV.

<sup>335</sup> Íd., p. XXXI, XXXIII y XXXVI. En 1821 en Madrid apareció el compendio y traducción realizado por el presbítero Don Juan Justo GARCÍA, bajo el título: *Elementos de verdadera lógica. Compendio ó sea extracto (sic) de los elementos de ideología del Senador Destutt-Tracy*, que sea dicho aquí, no se sabe a ciencia cierta qué tan fiel fue a la obra original pues el presbítero reunió en un solo tomo el contenido de varios por considerar que Destutt de Tracy repetía muchas veces los temas, y para poder abordarlo en un corto ciclo de clases era mejor un tomo extractando lo más importante, que todos sus volúmenes (ver p. VII Y VIII del compendio hecho por el presbítero). Otro ejemplo es la *Gramática General* del mismo Destutt de Tracy, traducida por Juan Ángel Caamaño en 1822, en Madrid. En Barcelona apareció la obra *Principios Lógicos*, traducida por una persona que firmó con la sigla C.J.A.F.V. En Mallorca, *Lecciones de Ideología* por un traductor Anónimo y en Santiago de Compostela aparecieron otras tantas. Aunque también hubo autores reticentes a la “mala influencia” de Destutt de Tracy en el liberalismo español, por ejemplo, Joaquín Francisco Pacheco, en 1844.

<sup>336</sup> Miguel Antonio CARO, *Informe sobre los "Elementos de Ideología" de Tracy*, Bogotá, 1870, en ICC,



Su influencia se debió principalmente a que el propósito de este grupo de filósofos era plantear una renovación de las ciencias a través del estudio de una ciencia omnicomprendiva del conocimiento, para superar así la metafísica; buscaban una *teoría de las teorías* que explicase el comportamiento humano a partir de sus múltiples dimensiones, capacidades y necesidades; que abarcara todas las maneras de existir, pensar y actuar del ser humano.<sup>337</sup>

Además de su participación en la vida política pre y post revolucionaria de Francia, pues varios de los *idéologues* fueron activos miembros de la revolución y ocuparon posiciones políticas luego de 1789<sup>338</sup>, este grupo de pensadores es identificable a partir de dos características: sus publicaciones en el periódico *La Décade Philosophique* (1794 – 1807) y su figuración en el censo de profesores y cursos impartidos por el *Instituto Nacional* en los últimos años del Siglo XVIII y primeros del XIX.<sup>339</sup>

El Instituto Nacional (creado en 1795), estaba organizado en torno a tres clases, y cada una de ellas contaba a la vez con varias secciones; la primera estaba dedicada a las ciencias físicas y las matemáticas, la segunda, que es la que aquí interesa, se ocupaba de las ciencias morales y políticas, y estaba compuesta por seis secciones: análisis de las sensaciones y de las ideas, moral, ciencia social y legislación, economía política, historia y geografía. La tercera clase se encargaba de la literatura y bellas artes.<sup>340</sup>

---

clásicos colombianos IV, M. A. Caro Obras, Tomo I, en Repositorio Institucional Pontificia Universidad Javeriana, Colombia. En <http://hdl.handle.net/10554/1134> (02-05-2013). Inclusive se encuentra influencia de los ideólogos en Argentina, por ejemplo con la fundación en 1819 del Colegio de la Unión del Sud en el Río de la Plata y que la primera cátedra de filosofía de la Universidad de Buenos Aires se llamara *ideología*. Para ampliar esta última información ver José Andrés BONETTI, “Doce notas introductoras al concepto de ideología”, en *Revista de Filosofía*, v.46 n.46, Centro de Estudios Filosóficos Adolfo García Díaz/ Universidad del Zulia, Maracaibo, 2004, p. 11.

<sup>337</sup> María Luisa SÁNCHEZ-MEJÍA, “La teoría política de los *idéologues*”, Op. Cit., p. XII.

<sup>338</sup> Íd., p. XXI y XV. Indica esta autora que como escuela de pensamiento, los ideólogos hicieron valiosos aportes a la Revolución Francesa, y de hecho influyeron la Declaración de derechos; adicionalmente, la Convención Termidoriana y los años del Directorio fueron especialmente relevantes para el grupo, y por ejemplo, Destutt de Tracy fue miembro del Senado.

<sup>339</sup> Íd., p. XIV Otros autores agregan como característica común entre estos pensadores, el reunirse habitualmente en la mansión de Madame Helvetius (o Madame Condorcet): Pablo NOCERA, “Discurso, escritura e historia en *l'idéologie* de Destutt de Tracy”, en *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Vol. 21, N° 1, Universidad Complutense de Madrid, Enero de 2009, p. 5 y José Manuel FERNÁNDEZ CEPEDAL, “Ideología «brumarista» y Napoleón Bonaparte”, en revista *El Basilisco*, N° 17, Oviedo, 1994.

<sup>340</sup> Pablo NOCERA, “Discurso, escritura e historia en *l'idéologie* de Destutt de Tracy”, Op. Cit., p. 4.



El término *ideología*, nace de manera estructurada el 21 de abril de 1796, en la conferencia “Mémoire sur la faculté de penser” dictada por el filósofo francés Destutt de Tracy en el *Instituto Nacional*,<sup>341</sup> allí introduce el término como sinónimo de “Ciencia de las Ideas”,<sup>342</sup> explicando unos meses después, el 20 de junio, que se trataba de un neologismo necesario, porque el término metafísica estaba demasiado desacreditado, y el término psicología, implicaba el conocimiento del alma, algo que ahora nadie podía acreditarse tener.<sup>343</sup> Por el contrario, el término ideología, no daba lugar a dudas, pues desde los griegos aludía a la ciencia de las ideas, y su objeto de estudio no es dudoso ni desconocido.<sup>344</sup>

Pese a la neutralidad política con que se piensa nació el término, la verdad es que Destutt de Tracy siempre tuvo en mente que su propuesta era útil para “establecer una teoría sensata de la moral y las ciencias políticas”;<sup>345</sup> pero no se puede desconocer que su propuesta era académica y no política, si se tiene en cuenta que en el terreno del Instituto Nacional no hacía apología ni propaganda al pensamiento de los jacobinos ni al de los girondinos de la época. En su libro *Éléments d’idéologie*,<sup>346</sup> Destutt de Tracy indica:

“Etudions donc, et nous trouverons ensuite comment s’appelle ce que nous aurons appris (I)

(I) Cette science peut s’appeller *Idéologie*, si l’on ne fait attention qu’au sujet; *Grammaire générale*, si l’on n’a égard qu’au moyen; et *Logique*, si l’on ne considère que le but. Quelque nom qu’uno lui donne, elle renferme nécessairement ces trois parties; car on ne peut en traiter une raisonnablement sans traiter les deux autres. *Idéologie* me paraît le terme générique, parce que la science des idées renferme celle de leur expression, et celle de leur déduction. C’est en même temps le nom spécifique de la première Partie.”

Bien podría traducirse el anterior texto como sigue: “Vamos por lo tanto, a encontrarnos entonces como llamar a esto que hemos aprendido (I). (I) Esta ciencia se

---

<sup>341</sup> Emmet KENNEDY, “ ‘Ideology’ from Destutt De Tracy to Marx”, en *Journal of the History of Ideas*, Vol. 40, No. 3, Jul. - Sep., University of Pennsylvania Press, 1979, p. 355.

<sup>342</sup> *Id.*, p. 353

<sup>343</sup> *Id.*, p. 354

<sup>344</sup> *Id.*, p. 355

<sup>345</sup> *Ibid.*

<sup>346</sup> Antoine Louis Claude DESTUTT DE TRACY, *Éléments d’idéologie Pte. 1, Idéologie proprement dite*, Mme Ve Courcier, Imprimeur-Libraire, Paris, 1804, p. 5.

llama *ideología*, si se pone atención al tema; *gramática general*, si se va a considerar su significado; y *lógica*, si tenemos en cuenta sólo el propósito. Cualquier nombre que se da necesariamente contiene estas tres partes, porque no podemos hacer frente razonablemente sin abordar las otras dos. La ideología me parece el término genérico, porque la ciencia de las ideas que contiene su expresión y la de su deducción. También es el nombre específico de la primera Parte.”

En esta obra, Destutt de Tracy se propuso analizar la *Ciencia de las Ideas* a partir de tres vertientes: (1) su formación, o la ideología propiamente dicha; (2) su expresión, o la gramática; y, (3) su combinación, o la lógica. El ambicioso proyecto de este autor se componía de tres secciones, la primera, ya citada, sobre la historia de nuestros medios de conocer, la segunda, sobre la aplicación de estos medios, y compuesta a la vez por la Economía: nuestras acciones, la Moral: nuestros sentimientos, y la Legislación: la dirección de las unas y los otros. La tercera sección, nunca publicada, se trataba del mundo exterior al hombre, y se dividía en la Física: sobre los cuerpos y sus propiedades, la Geometría: propiedades del espacio, y el Cálculo: propiedades de la cantidad.<sup>347</sup>

Influido por las tesis sensualistas de Condillac, entendía la formación del pensamiento a partir de los sentidos, a través de los cuales se recogerá la información que posteriormente se convertirá en recuerdos, que a la vez permitirán las acciones del juicio y la voluntad.<sup>348</sup> Destutt de Tracy entendía el pensamiento como la continua repetición de cuatro operaciones intelectuales básicas: sentir, acordarse, juzgar y querer; adicionalmente sostenía que estas bastaban para formar nuestras ideas y que por tal razón el sustrato de las ideas siempre era el mismo, por lo que las ideas siempre se componen unas de otras.<sup>349</sup> Adicionalmente, se propuso estudiar la gramática, pues consideraba que aunque relacionadas, obtener las ideas, expresarlas y combinarlas eran cosas diferentes, y que la expresión a través del lenguaje suponía un conocimiento previo y adecuado de las ideas que a través de aquel se representan.<sup>350</sup>

---

<sup>347</sup> Juan Justo GARCÍA, *Elementos de verdadera lógica*, Op. Cit., p. 364 y María Luisa SÁNCHEZ-MEJÍA, “La teoría política de los *ideólogos*”, Op. Cit., p. XVII. Según explica Emmet Kennedy, solo se publicaron 4 volúmenes de la obra de Destutt de Tracy, es decir, los 3 volúmenes de la primera sección, y el primer volumen de la segunda (Economía), Emmet KENNEDY “ ‘Ideology’ from Destutt De Tracy to Marx”, Op. Cit., p. 357.

<sup>348</sup> Antoine Louis Claude DESTUTT DE TRACY, *Éléments d’idéologie*, Op. Cit., p. 6. En el mismo sentido Juan Justo GARCÍA, *Elementos de verdadera lógica*, Op. Cit., p. 7.

<sup>349</sup> Juan Justo GARCÍA, *Elementos de verdadera lógica*, Op. Cit., p. 7

<sup>350</sup> Antoine Louis Claude DESTUTT DE TRACY, *Éléments d’idéologie*, Op. Cit., p. 3 y 8.

Finalmente, sostenía que las demás ramas de las ciencias se desprendían de la ideología, pues no eran más que diversas formas de combinar las ideas, decía: “La serie de nuestros juicios es una larga cadena en la que todos los anillos son iguales. Así que no hay ciencia que sea en sí misma más oscura que cualquier otra: dependerá del orden en que se pongan”<sup>351</sup>. En síntesis, Destutt de Tracy utilizaba el término *ideologie* en sentido estricto, para referirse a la ciencia de las ideas, y en sentido amplio, para aludir al conjunto de ciencias que tienen como base esa ciencia las ideas<sup>352</sup>.

Ahora bien, hasta aquí no se hace evidente cómo el término ideología puede haber mutado de manera tal que Marx lo popularizara con una connotación peyorativa; pues bien, esto ocurrió por rencillas personales entre Napoleón Bonaparte y el grupo de filósofos. Como se indicó atrás, el grupo de filósofos ideologistas ejerció un importante papel en los años de la Revolución Francesa y la Primera República, por ejemplo, Destutt de Tracy y Cabanis -sus miembros más notables junto a Volney- fueron Senadores, pero como políticos, no pudieron ser separados de su faceta de filósofos, así entonces, sus teorías, de tinte materialista, les siguieron a lo largo de su carrera; por ejemplo, Destutt de Tracy escribió el artículo “Système méthodique de bibliographie”, en donde reorganizaba la jerarquía de las ciencias de la Enciclopedia Francesa, y privaba a la teología de su papel otrora predominante, para reemplazarlo con la ideología. La ideología entonces, y no la religión, fue la base de la moralidad.<sup>353</sup>

Se hace entonces expresa la ruptura de este grupo con la religión, lo que empieza a develar su postura liberal (para la época) y sus convicciones republicanas. Por otra parte, los ideólogos como regla general tenían posiciones económicas acomodadas, y eran cercanos al pensamiento girondino, por su postura federalista. Esto les valió las críticas jacobinas y consecuentemente la persecución en la época del Terror, por ejemplo, Condorcet murió encarcelado y Destutt de Tracy, también encarcelado, se salvó de la guillotina en el último minuto, gracias a la caída de Robespierre.<sup>354</sup>

Luego de la finalización de la época del terror (1793 – 1794), se instala el Directorio (1794 – 1799), en el que los ideologistas ocuparon varias posiciones. Como se observa, existen coincidencias cronológicas entre esta forma de gobierno y la creación

---

<sup>351</sup> Íd., p. 14. Traducción libre de la autora.

<sup>352</sup> María Luisa SÁNCHEZ-MEJÍA, “La teoría política de los *ideólogos*”, Op. Cit., p. XIII.

<sup>353</sup> Emmet KENNEDY, “ ‘Ideology’ from Destutt De Tracy to Marx”, Op. Cit., p. 355 y 356.

<sup>354</sup> María Luisa SÁNCHEZ-MEJÍA, “La teoría política de los *ideólogos*”, Op. Cit., p. XV.

y apogeo del Instituto Nacional de manos de este grupo de filósofos. Posteriormente, y durante un período histórico convulso para Francia, aparece Napoleón Bonaparte, un general republicano, que empieza a ocupar un papel relevante en el nuevo Directorio.

Se debe indicar que la estrecha relación entre Bonaparte y los ideologistas empieza en 1791 cuando conoce este a Volney (quien ingresara en el círculo de ideologistas en 1776 por Cabanis); y se afianza cuando vuelve a París en 1795 (luego de haber sido liberado de los cargos de ser agente de Robespierre) y refuerza su amistad además con La Réveillière Lepeux y Barras. Es precisamente este último, quien postula a Bonaparte para reemplazar al depuesto general Menou el 4 de octubre de 1795, fecha en la que Bonaparte restablece el orden en París cuando los realistas se sublevaron contra las medidas dictadas para la elección de los miembros del Consejo de los Quinientos. Por sus acciones en esta situación, Bonaparte se convierte en el salvador de la República. En lo sucesivo, de marzo de 1796 a octubre de 1797, lidera el ejército en Italia y cosecha varios triunfos militares, por lo que en diciembre de 1797 entra triunfante en París, y luego se reúne con los miembros del Instituto.<sup>355</sup>

No pasaran muchos días y el 25 de diciembre de 1797 Napoleón es elegido miembro del Instituto en la sección de mecánica de la primera clase. Además de ser nombrado por el Directorio como general en jefe del Ejército de Inglaterra y decide actuar iniciando una campaña militar en Egipto. Luego de dos años, y con más triunfos militares, decide regresar a Francia preocupado por la situación política del país. Realiza su entrada triunfal en París el 16 de octubre de 1799 y el 27 de octubre asiste a la sesión general del Instituto; posteriormente visita a Cabanis y a Madame Helvetius.<sup>356</sup>

Posteriormente se pone en contacto con Sieyès, quien para la época era Director, y en una suerte de intriga, logra aliarse con él, pese a detestarlo, para redactar una nueva constitución (Bonaparte era la fuerza moral y militar, y Sieyès, la política).<sup>357</sup> Luego ocurre el golpe de Estado del 18 de brumario (9 de noviembre de 1799), y aparece la comisión ejecutiva del consulado, conformada por Bonaparte, Sieyès y Roger Ducos (otrora otro Director). El proyecto de Sieyès es corregido por Bonaparte en una parte

---

<sup>355</sup> José Manuel FERNÁNDEZ CEPEDAL, “Ideología «brumarista» y Napoleón Bonaparte”, en revista *El Basilisco*, N° 17, Oviedo, 1994.

<sup>356</sup> Ibid.

<sup>357</sup> Ibid.

muy específica con relación al Ejecutivo, en cabeza ahora de un “Gran Elector”, elegido por el Senado y responsable ante él, y que básicamente organizaría el gobierno, pues consideraba que así sería absorbido por el Senado, por lo que introduce la figura de un “Primer Cónsul”, no responsable ante el Senado y se designa a sí mismo para esta posición.<sup>358</sup>

Bonaparte respeta una serie de jugosas prebendas políticas y económicas para los miembros del Instituto, establecidas por Sieyès, por lo que este grupo no objeta inicialmente las acciones del ahora Primer Cónsul, pero poco a poco, Napoleón empieza a realizar purgas para librarse de sus opositores políticos, por ello, utiliza estrategias más sutiles para desembarazarse de la amenaza que suponían los ideólogos aún activos, y que para 1800 empezaban a oponerse a la política autoritaria que poco a poco empezaba a desvelarse.

Por esta razón empieza una campaña de ridiculización de los ideólogos, y los empieza a tachar de “misérables métaphysiciens”, “phraseurs” y precisamente como “idéologues” (ideólogos)<sup>359</sup>. El término aparece por primera vez en enero 12 de 1800 en el *Messenger des relations extérieures*, en donde se decía: “La facción civil se conoce también por el nombre de facción metafísica o ‘idéologues’. Aduladores de Robespierre, lo empujaron a la muerte por los muchos excesos que ellos le permitieron. Utilizaron el directorio para proscribir talentos que les hacían sombra. Buscaron héroes para derribar el Directorio. Siempre han tramado nuevos planes”.<sup>360</sup>

Decía Napoleón cosas como las siguientes: “En lo que concierne al dinero, Sieyès es muy positivo. Licencia la ideología, lo que le convierte en fácilmente manejable. Abandona sus sueños constitucionales por una cantidad de dinero”<sup>361</sup>. “[La ideología es] especulación quimérica, teorización ociosa (...) un sistema de teorías carentes de aplicación práctica”<sup>362</sup> Napoleón entonces reduce la ideología a opiniones

---

<sup>358</sup> Ibid.

<sup>359</sup> María Luisa SÁNCHEZ-MEJÍA, “La teoría política de los *ideólogos*”, Op. Cit., p. XIV.

<sup>360</sup> Emmet KENNEDY “ ‘Ideology’ from Destutt De Tracy to Marx”, Op. Cit., p. 358 y José Manuel FERNÁNDEZ CEPEDAL, “Ideología «brumarista» y Napoleón Bonaparte”, Op. Cit.

<sup>361</sup> L. A. Bourrienne, *Memoires de M. Bourrienne*, 10 vols., París 1829-1830, vol. 3, pág. 128, en José Manuel Fernández Cepedal, “Ideología «brumarista» y Napoleón Bonaparte”, Op. Cit. y en Emmet KENNEDY “ ‘Ideology’ from Destutt De Tracy to Marx”, Op. Cit., p. 358.

<sup>362</sup> Fernando ESTENSSORO, “El concepto de Ideología”, en *Hermenéutica intercultural Revista de Filosofía*, N° 15, Chile, 2006, p 98.

particulares de personas o partidos políticos, y niega que sea la ciencia de las ideas.<sup>363</sup>

Además, Bonaparte tuvo otros enfrentamientos con los ideólogos, el primero la depuración del Cuerpo Legislativo y el Tribunado, que se llevó a cabo desde 1799 a 1802; el segundo, por el control de la educación pública, pues las otrora Escuelas centrales quedarían convertidas en 1802 en Liceos Nacionales en los que se intensifica el estudio de lenguas clásicas y se elimina totalmente el de la ideología y las ciencias morales y políticas. El tercero, el cierre de la segunda clase del Instituto Nacional, el 23 de enero de 1803 y la dispersión de sus miembros por las demás clases, y por último, la lenta muerte del *Décade philosophique*, que en 1804 cambia su nombre a “*Revue philosophique, littéraire et politique*”, y, que en 1807 se ve obligada, por orden del gobierno, a asociarse con su viejo enemigo, el *Mercure de France*.<sup>364</sup>

Pero los enfrentamientos siguieron por varios años más, por ejemplo, en septiembre de 1808 Napoleón advertía a los prusianos de la peligrosidad de los ideólogos<sup>365</sup>, les acusó de participar en las conspiraciones de Malet para derrocarlo<sup>366</sup>, y para este momento, 23 de octubre de 1812, se debe recordar que Napoleón había dejado de ser Primer Cónsul para convertirse desde mayo de 1804 en Emperador. Por ello no fue bien recibido que Destutt de Tracy, aún Senador, hubiese propuesto la deposición de Napoleón el 2 de abril de 1814.<sup>367</sup> Napoleón es depuesto el 3 de abril de 1814 y posteriormente ocurre la restauración de la monarquía en Francia, pero el término ideología no se desprenderá de su connotación negativa.

Los partidarios de la restauración continuaron utilizando el término peyorativamente, el 5 de mayo de 1816 se denunciaba en *Annales politiques, morales et littéraires* “la charlatanería e ideología fantasiosa productos de la escuela de Diderot y Holback que hicieron sagrados al egoísmo y la anarquía y condujeron al materialismo y al ateísmo”.<sup>368</sup> Inclusive, la reedición de *Eléments d'idéologie* recibió críticas en agosto de 1829 de la *Gazette de France*, de propiedad del gobierno, indicando que los enemigos

---

<sup>363</sup> Ibíd. En el mismo sentido José Manuel FERNÁNDEZ CEPEDAL, “Ideología «brumarista» y Napoleón Bonaparte”, Op. Cit.

<sup>364</sup> José Manuel FERNÁNDEZ CEPEDAL, “Ideología «brumarista» y Napoleón Bonaparte”, Op. Cit.

<sup>365</sup> Emmet KENNEDY, “ ‘Ideology’ from Destutt De Tracy to Marx”, Op. Cit., p. 359

<sup>366</sup> Íd., p. 359 y 360

<sup>367</sup> Íd., p. 360

<sup>368</sup> Íd., p. 362

del orden intelectual son los más intensos adversarios del orden político.<sup>369</sup>

En 1835, la Academia Francesa incluye por primera vez el término ideología en su diccionario, respetando la intención original de Destutt de Tracy, pues él participó en la composición de dicha obra; Destutt de Tracy murió el 9 de marzo de 1836, pero aún tiempo después se le siguió atacando. En 1844 Adolphe Franck circunscribió temporalmente el término al siglo XVIII, en el *Dictionnaire des sciences philosophiques*, indicando que Destutt de Tracy se había llevado el sensualismo con él a la tumba.<sup>370</sup>

Sin embargo, la utilización del término no se detiene allí, pues continúa durante el siglo XIX, principalmente de manos de Marx.<sup>371</sup> Con él, el concepto recupera protagonismo, pero sin librarse de su connotación negativa, pero esta vez por otra causa. En primer lugar, debe indicarse que Marx pensaba que los filósofos reducían todo a la consciencia; en segundo lugar, su lectura de Destutt de Tracy al parecer se redujo solo al cuarto volumen de los *Elementos de Ideología*, sobre economía política.<sup>372</sup>

Recordando que Tracy entendía la economía política como una ramificación de la zoología y no como ciencia social, se explica que entendiera la propiedad privada como un hecho natural, lo que tuvo que ser determinante para que Marx otorgara a la palabra ideología el sentido de *falsa conciencia de clase*, pues al percibir en la obra de Tracy un fuerte –aunque aún incipiente– liberalismo, en especial a partir de su defensa de la propiedad privada, y al contrastarlo con la historia personal del Conde Destutt de Tracy, llega a la conclusión de que se trata de una postura personal de un burgués; por ello Marx se refiere a él como un “fischblütige Bourgeoisdoktrinär”,<sup>373</sup> algo así como un doctrinante de fría sangre burguesa.

A ello se ha de sumar que Marx es receptor histórico del sentido de ideología desde la perspectiva peyorativa que le diese Napoleón; además, por su interpretación de la particular teoría económica liberal de Tracy, Marx no llega a considerarla como la ciencia de las ideas ni como una teoría política, sino como un “sistema de pensamiento

---

<sup>369</sup> Ibid.

<sup>370</sup> Íd., p. 363 y 364

<sup>371</sup> Íd., p. 364 – 366. Explica Emmet Kennedy que a su uso peyorativo –visible en algunos textos de 1848 y 1860– se pueden añadir dos: uno como sinónimo de *idealismo*, y otro, como neologismo para denominar a la ya existente metafísica. Los filósofos que se refirieron a la ideología de Tracy como idealismo fueron: Bonald, Goethe, Schopenhauer, Rémusat y Taine; y la referencia como metafísica, se atribuye a Comte.

<sup>372</sup> Íd., p. 366

<sup>373</sup> Íd., p. 368



que busca justificar la existencia de un modo de producción y las relaciones sociales que florecen de este”.<sup>374</sup>

Es así, que Marx acuña el significado de ideología como falsa conciencia de clase, ó como conciencia invertida de la realidad.<sup>375</sup> Se debe recordar que este concepto fue acuñado por Marx en compañía de Friedrich Engels, en 1846, cuando conjuntamente escribieron *La ideología alemana*.<sup>376</sup> Este libro fue escrito por los autores sin ánimo de ser publicado, sino de clarificar sus ideas sobre Hegel y Feuerbach (y sus jóvenes seguidores) y criticar su pensamiento idealista, por ello fue escrito en forma de sátira.

Marx y Engels querían separarse de la filosofía especulativa, y desarrollar una concepción materialista de la historia.<sup>377</sup> En esta obra se introduce el elemento de *conciencia invertida* para describir una forma de pensar aislada de la realidad. Adicionalmente, Marx analiza el programa original de la escuela de los *ideologistes*, y encuentra coincidencias con el programa de la izquierda hegeliana, lo que explica su ataque teórico.<sup>378</sup>

El programa de los *ideologistes* era un programa de máximo alcance que cubría tres frentes, era una teoría social, una teoría del progreso y una teoría del estado. Explica José Andrés Bonnetti:

“1. Como teoría social, brindaba soluciones concretas a un momento histórico que se caracterizó por el ascenso y consolidación de la sociedad civil frente al estado.

2. Como teoría del progreso la ideología se presenta bajo el aspecto del reformador de currícula escolar. Se despierta el afán por la “educación científica” y la difusión de estos conocimientos junto con los técnicos.

3. Formula una teoría del estado, a fin de limitar los riesgos de las energías desatadas por la consolidación de la sociedad civil y en procura de evitar la pérdida constante de las mismas, la cual llevaría al colapso del sistema (ley de la entropía de los sistemas físicos cerrados). Y delega el poder a una suerte de aristocracia del saber, la cual concentrará el poder a fin de educar a las masas e ir preparando el camino hacia la democracia.”<sup>379</sup>

---

<sup>374</sup> Ibid.

<sup>375</sup> Íd., p. 353; Luis VILLORO, *El concepto de ideología y otros ensayos*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2007, p. 47.

<sup>376</sup> La versión consultada es Karl MARX y Friedrich ENGELS, *La ideología alemana*, L'Eina, Barcelona, 1988.

<sup>377</sup> José Andrés Bonetti, “Doce notas introductoras al concepto de ideología”, Op. cit., p. 8.

<sup>378</sup> Íd., p. 11.

<sup>379</sup> Ibid.



En especial la tercera permite a Marx observar en los *ideologistes* un verdadero programa político, pues eran las élites francesas las que dirigirían un cambio en la sociedad, de acuerdo con sus propósitos y agenda propios, enseñando bajo el nombre de conocimientos científicos lo que en verdad era una visión parcial de la realidad. Se debe recordar en este punto que al parecer Marx solo leyó el volumen de economía política de la obra de Destutt de Tracy, lo que le influye profundamente a la hora de definir el término ideología. Aunque le asiste razón a Marx en que la escuela de los *ideologistes* franceses sí tenía aspiraciones políticas y las encubría bajo la fórmula de ciencia, no es menos cierto que se trata de una escuela de pensamiento que influyó positivamente en el proceso de declaración de derechos del hombre y de laicidad de los Estados, pese al poco reconocimiento que la historia les hace.

Estos factores explican mejor el por qué Marx redefinió el término ideología negativamente; para él la ideología en verdad era un producto de una clase social, en este caso la élite francesa, que tenía intenciones de dominación, pero sin hacerlas evidentes. De ahí que la haya definido como una construcción intelectual para sustituir la realidad mediante un engaño a la consciencia. Sostenían Marx y Engels en *La ideología alemana*:

“Conocemos sólo una ciencia, la ciencia de la historia. Se puede enfocar la historia desde dos ángulos, se puede dividirla en historia de la naturaleza e historia de los hombres. Sin embargo, las dos son inseparables: mientras existan los hombres, la historia de la naturaleza y la historia de los hombres se condicionan mutuamente. La historia de la naturaleza, las llamadas ciencias naturales, no nos interesa aquí, en cambio tenemos que examinar la historia de los hombres, puesto que casi toda la ideología se reduce ya bien a la interpretación tergiversada de esta historia, ya bien a la abstracción completa de la misma. La propia ideología no es más que uno de tantos aspectos de esta historia.”<sup>380</sup>

“Y si en toda la ideología, los hombres y sus relaciones aparecen invertidos como en la cámara oscura, este fenómeno proviene igualmente de su proceso histórico de vida, como la inversión de los objetos al proyectarse sobre la retina proviene de su proceso de vida directamente físico.”<sup>381</sup>

Los extractos citados ponen de manifiesto la postura de estos autores sobre la *ideología*, entendiéndola como contraria al conocimiento científico. Para ellos era una inversión del conocimiento y de la historia, y en especial resaltaban que la moral, la

---

<sup>380</sup> Karl MARX y Friedrich ENGELS, *La ideología alemana*, L'Eina, Barcelona, 1988, p. 8 y 9.

<sup>381</sup> *Id.*, p. 18.

religión y la metafísica eran ideologías (entre otras tantas), a las cuales les acompañaba una forma de conciencia sin apariencia de su propia sustantividad, es decir, que su historia y contenido estaban sujetos al pensamiento cambiante de los hombres que la desarrollaban.

El destino del término *ideología* ha atravesado desde Marx otras tantas etapas históricas, pero su estudio nos desviaría del objetivo principal del presente escrito, por lo cual me limitaré a enunciar las más relevantes para una definición útil a los propósitos de la presente tesis doctoral; por tal razón, en el siguiente acápite se hará mención de las posturas de Althusser, Teun A. van Dijk y Norberto Bobbio.

### 1.5.2. Concepto de ideología

Al haber revisado la historia del término ideología se puede concluir que existen múltiples usos del mismo, sin poderse afirmar de manera categórica que solo uno de ellos es correcto, pues cada uno depende de las circunstancias históricas que rodearon a quien le acuñara en un momento dado. Por ello, resulta útil recurrir a un concepto revalorizado de la palabra *ideología* y la mejor forma de hacerlo, es a partir del trabajo de Althusser, quien revitaliza positivamente el término y pone de manifiesto que el trabajo de Marx y Engels se encontraba limitado por referirse a principios teóricos de la ideología, pero no a una teoría general de la misma.<sup>382</sup>

Althusser también hace una diferencia entre la teoría general de la ideología, y, la teoría de las ideologías particulares (religiosa, política, etc.),<sup>383</sup> por ello, se separa de la definición clásica de Marx y Engels, que si se observa con detenimiento, situaba a la ideología siempre en el terreno político. Esto le permite desarrollar, en sus palabras, una teoría general de la ideología, en la que desarrolla dos tesis, una positiva y una negativa.

De acuerdo con su tesis positiva: “La ideología representa la relación imaginaria de los individuos con sus condiciones reales de existencia.”<sup>384</sup> En cuanto a su tesis

---

<sup>382</sup> Santiago CASTRO-GÓMEZ, “Althusser, los estudios culturales y el concepto de ideología”, en *Revista Iberoamericana*, Vol. LXVI, Núm. 193, Oct - Dic, University Library System - University of Pittsburgh, 2000, p. 743.

<sup>383</sup> Louis ALTHUSSER, *Ideología y aparatos ideológicos de Estado*, Nueva Visión, Buenos Aires, 2008, p. 40.

<sup>384</sup> *Id.*, p. 43.

negativa sostiene que la ideología tiene una existencia material, refiriéndose con ello a que esta se puede observar en la conducta que un sujeto despliegue como consecuencia de las ideas en las que cree.<sup>385</sup>

De esta forma Althusser en el Siglo XX revaloriza el término *ideología*,<sup>386</sup> pues lo sitúa en el plano sociológico como concepto que explica las relaciones de los sujetos con su percepción de su realidad social. Esto implica que ahora el concepto tenga una función positiva, en cuanto posibilitadora de sentidos, y por ende, inspiradora de la praxis social.<sup>387</sup>

Althusser adicionalmente da sentido al término al contextualizarlo con las instituciones en que naturalmente se desarrolla la ideología, por ello indica que existen los *aparatos ideológicos de Estado* (en lo sucesivo AIE), entendiendo por estos: “cierto número de realidades que se presentan al observador inmediato bajo la forma de instituciones distintas y especializadas.”<sup>388</sup> Para aclarar a que se refiere, presenta un listado no exhaustivo de los siguientes AIE: religiosos, escolar, familiar, jurídico, político, sindical, de información (prensa, radio, TV., etc.) y cultural (literatura, artes, deportes, etc.).<sup>389</sup>

Para él, existen dos tipos de aparatos de acción del Estado, los represivos y los ideológicos, y la diferencia radica en que para alcanzar sus fines los primeros funcionan *masivamente con la represión* (incluso física), como forma predominante, aunque tengan un trasfondo ideológico que asegura la cohesión del grupo social que comparte ciertas ideas y valores.<sup>390</sup> No se debe olvidar que para Althusser un aparato es “una estructura que funciona con independencia de la ‘conciencia’ de los individuos vinculados a ella, y que puede configurar la subjetividad de esos individuos.”<sup>391</sup>

A diferencia de Marx y Engels, Althusser centra su atención en el elemento agonístico y no en el de dominación para acercarse al concepto de ideología, pues si bien

---

<sup>385</sup> Íd., p. 47-49.

<sup>386</sup> En el mismo sentido Fernando ESTENSSORO, “El concepto de ideología”, en *Hermenéutica intercultural Revista de Filosofía*, N° 15, Ediciones Universidad Católica Silva Henríquez, Santiago de Chile, 2006.

<sup>387</sup> Santiago CASTRO-GÓMEZ, “Althusser, los estudios culturales y el concepto de ideología”, Op. Cit., p. 744 y 743.

<sup>388</sup> Louis ALTHUSSER, *Ideología y aparatos ideológicos de Estado*, Op. Cit., p. 24.

<sup>389</sup> Íd., p. 25.

<sup>390</sup> Íd., p. 26.

<sup>391</sup> Santiago CASTRO-GÓMEZ, “Althusser...”, Op. cit., p. 747.

los AIE funcionan sobre la base de la ideología dominante de una clase igualmente dominante, también puede existir una ideología(s) adversaria(s) de la clase dominada, y la lucha ideológica ya no se encuentra situada en el terreno de la dominación final, sino en el del control del poder sobre los AIE para dotarlos de contenido ideológico y lograr así determinados fines.<sup>392</sup>

Adicionalmente, se supera una de las críticas a la teoría marxista sobre ideología, y es la calificación negativa, de acuerdo con la cual, la ideología es una consciencia falsa (o invertida) de la realidad que impide el acercamiento al conocimiento científico, pues a través de juicios de valor se buscaba afirmar la falsedad de un cierto tipo de ideología: la burguesa.<sup>393</sup> Así, Althusser presenta a la ideología como un hecho natural a los grupos sociales humanos.

Esta interpretación más contemporánea ha revitalizado el concepto y ha permitido definirlo de muchas otras formas, por ejemplo, como “el cuerpo de ideas no sólo de clases sociales, sino también de grupos y capas sociales, que otorgan identidad y coherencia así como prescriben acciones referidas a su quehacer político en la sociedad”;<sup>394</sup> o inclusive, como “una utopía sobre el funcionamiento político deseable de la sociedad”.<sup>395</sup>

Esta aproximación permite ahora analizar la ideología como el cúmulo de ideas que sustentan determinadas prácticas y cohesionan grupos de personas que comparten ciertos valores o creencias. Teun A. van Dijk explica que la ideología es el fundamento de las representaciones sociales compartidas por un grupo social, dominado o dominante,<sup>396</sup> pero es quizás más útil y sencilla la definición de ideología como: una clase especial de sistemas de creencias sociales, almacenados en la memoria de largo

---

<sup>392</sup> Al respecto Fernando ESTENSSORO, “El concepto de ideología”, Op. cit., p. 105 y Santiago CASTRO-GÓMEZ, “Althusser, los estudios culturales y el concepto de ideología”, Op. cit., p. 745.

<sup>393</sup> Indica Santiago CASTRO-GÓMEZ, “Althusser...”, Op. cit., p. 746 que la crítica de la ideología no utiliza el código binario verdad-error, puesto que una visión del mundo sólo puede ser interpelada desde otra visión del mundo. Es decir que la crítica se hace siempre desde un “sistema de creencias” diferente, que no es más o menos verdadero que el que se critica, sino más o menos *fuerte*. La fortaleza o la debilidad de este sistema de creencias viene dada por la conquista de posiciones de poder en el terreno de la política.

<sup>394</sup> Fernando ESTENSSORO, “El concepto de ideología”, Op. cit., p. 108.

<sup>395</sup> *Íd.*, p. 110.

<sup>396</sup> Teun A. van DIJK, “Política, ideología y discurso”, en *Quórum Académico*, Vol. 2, N° 2, jul-dic, Universidad del Zulia, Maracaibo, 2005, p. 17

plazo.<sup>397</sup>

Ahora bien, se debe tener en cuenta que ideología no es simplemente cualquier tipo de creencia social compartida, sino que será el cúmulo de aquellas más fundamentales o axiomáticas. Por esta razón las ideologías especifican qué valores culturales son importantes para el grupo (libertad, igualdad, justicia, etc.).<sup>398</sup>

Adicionalmente se debe tener en cuenta que las ideologías son adquiridas gradualmente y son relativamente estables, dice van Dijk: “Uno no se vuelve pacifista, feminista, racista o socialista de la noche a la mañana, ni hace un cambio de perspectiva ideológica básica de un día para otro.”<sup>399</sup> Por último, lo que permite diferenciar a una ideología es el grupo de personas que la comparte, pues no todas las colectividades sociales son ideológicas; así, estas han de satisfacer los requisitos de durabilidad, continuidad, prácticas sociales, intereses, relaciones con otros grupos, y el sentimiento de pertenencia.<sup>400</sup>

No es necesaria sin embargo una compleja estructura de organización al interior del grupo para poder hablar de ideología, aunque no se descarta de plano que sí pueda darse, por ejemplo, a través de tarjetas de afiliación, reuniones periódicas, estatutos, etc., tal es el caso típico de los partidos políticos y las asociaciones de profesionales.<sup>401</sup>

De esta forma, se ha llegado a avanzar en el análisis de la ideología, en especial la política, para centrarse en unos grandes grupos de creencias compartidas, que en la actualidad son el objeto de gran parte de la ciencia política. Se encuentran por ejemplo: el liberalismo, (irónicamente) el marxismo, el socialismo, el anarquismo, el conservadurismo, el totalitarismo, el nacionalismo, el fascismo, el feminismo, el ecologismo, el pacifismo, el racismo, la democracia, el neoliberalismo, la antiglobalización, entre otros.<sup>402</sup>

---

<sup>397</sup> Íd., p. 18.

<sup>398</sup> Teun A. van DIJK, “Ideología y análisis del discurso”, en *Utopía y Praxis Latinoamericana*, Año 10, N° 29, abr-jun, Universidad del Zulia, Maracaibo, 2005, p. 10.

<sup>399</sup> Ibid.

<sup>400</sup> Íd., p. 14.

<sup>401</sup> Ibid.

<sup>402</sup> Ver por ejemplo Barbara GOODWIN, *El uso de las ideas políticas*, 2ª ed., Península, Barcelona, 1997; Robert ECCLESHALL, et. al., *Ideologías Políticas*, Tecnos, Madrid, 2011; y Teun A. van DIJK, “Política, ideología y discurso”, Op. cit., p. 25.

Otras características que se deben resaltar de la ideología, es que al tratarse de creencias socialmente compartidas, por definición no pueden ser emocionales, aunque sus usos por parte de individuos del grupo sí puedan provocar y expresarse como emociones;<sup>403</sup> y en segundo lugar, las ideologías no son necesariamente positivas o negativas, como se puede extraer de la enunciación de algunas ideologías políticas, tales como el racismo y el fascismo,<sup>404</sup> aunque al interior del grupo no se le considere como tal.

La ideología no es algo estático ni eterno, de hecho, también puede degradarse de manera paulatina hasta desaparecer. Esto ocurre cuando algunos miembros ya no creen en una causa y se retiran del grupo, cuando las quejas del grupo no han sido atendidas, o bajo otras circunstancias políticas y sociales; van Dijk pone de ejemplo a los movimientos pacifistas y antinucleares de los años sesenta del siglo XX.<sup>405</sup>

No estaría completo este panorama sobre el concepto *ideología*, si no se hace referencia a los trabajos del profesor Norberto Bobbio. En primer lugar, en la obra colectiva *Diccionario de política*,<sup>406</sup> explica que dentro de la polisemia del término se pueden identificar dos tendencias generales en cuanto a su significado, tendencias que él designa como débil y fuerte. El significado débil de ideología, alude a los sistemas de creencias políticas: “un conjunto de ideas y de valores concernientes al orden político que tienen la función de guiar los comportamientos políticos colectivos.”<sup>407</sup>

El significado fuerte por su parte, tiene origen en el concepto acuñado por Marx, entendiendo entonces por ideología, una creencia falsa, consecuencia de las relaciones de dominación entre clases. El elemento de falsedad ocupa un lugar central en esta definición. Así, de acuerdo con el significado débil, ideología es un concepto neutro, mientras que ocurre lo contrario si se alude al significado fuerte, pues se tratará de un concepto negativo, que denota el carácter mistificante de una creencia política.<sup>408</sup>

---

<sup>403</sup> Teun A. van DIJK, “Política, ideología y discurso”, Op. Cit., p. 23.

<sup>404</sup> Teun A. van DIJK, “Ideología y análisis del discurso”, Op. Cit., p. 11.

<sup>405</sup> Ibid.

<sup>406</sup> Norberto BOBBIO, Nicola MATTEUCI y Gianfranco PASQUINO, *Diccionario de Política*, v. 1, 11ª ed., México D.F., Siglo XXI, 1998, p. 755-770.

<sup>407</sup> Id. p. 755.

<sup>408</sup> Se puede observar cierta preferencia del profesor turinés por el sentido fuerte, pues en su concepto permite identificar la relación entre ideología y poder, relación que el sentido débil no refleja adecuadamente (Id. p. 769).

Por otra parte se encuentra su obra *El Positivismo Jurídico*, en la que se dedica a explicar con detalle dicha teoría del Derecho, y en donde hace la diferenciación de tres facetas del positivismo jurídico, estableciendo así una metodología que ha permitido contrastar las diversas teorías del Derecho. De acuerdo con él, el positivismo jurídico puede ser considerado como *método* para el estudio del Derecho, como *teoría* del Derecho y como *ideología* del Derecho.<sup>409</sup>

El profesor Bobbio define la *ideología* contrastándola con el concepto de *teoría*, teniendo presente que la primera se relaciona con los juicios de valor y la segunda, con los juicios de hecho. De esta forma:

“una teoría es la expresión de una actividad puramente *cognoscitiva* del hombre frente a la realidad, y está formada por un conjunto de juicios de hecho que tienen como única función la de *informar* a los demás sobre dicha realidad; una ideología, en cambio, es la expresión de una actitud *valorativa* que el hombre adopta frente a la realidad y consiste en un conjunto de juicios de valor sobre ella, que se basan en el sistema de valores de quien los formula y que tienen la pretensión de *influir* sobre dicha realidad.”<sup>410</sup>

Esta definición muestra que la ideología es un conjunto de creencias o valores, y que se diferencia del conocimiento científico, pues su intención primordial es describir la realidad de una manera particular y moldearla. El profesor Bobbio explica precisamente que sobre una teoría se puede predicar su verdad o falsedad si sus enunciados se corresponden o no con la realidad, pero que no se puede predicar si una ideología es verdadera o falsa, pues estas no pretenden describir la realidad sino influir en ella.<sup>411</sup>

Robert Eccleshall por su parte indica que las dos características principales de las ideologías son: una representación de la sociedad (desde un ángulo de vista particular) y un programa político.<sup>412</sup> Pero el autor pone especial énfasis en el programa político como característica distintiva, por cuanto allí radica la acción política, que dependiendo de la mayor o menor congruencia de la realidad con determinada representación de una *sociedad ideal*, hará que una ideología presente recomendaciones y aplique correctivos

---

<sup>409</sup> Norberto BOBBIO, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1993, p. 238 y ss.

<sup>410</sup> Íd. p. 227.

<sup>411</sup> Ibíd.

<sup>412</sup> Robert ECCLESHALL, *et. al.*, *Ideologías Políticas*, Op. Cit., p. 13

ligeros o drásticos, dependiendo del nivel de incongruencia.<sup>413</sup>

Barbara Goodwin<sup>414</sup> expresa que las ideologías son doctrinas persuasivas y normativas, así la ideología política será “un dispositivo en el que unos valores se afirman y se ordenan ciertas prioridades.” Esta definición coincide en varios aspectos de las antes presentadas, pues destaca el aspecto axiológico y la práctica a la que conduce o debe conducir una determinada forma de pensar. La autora explica que una ideología es una doctrina sobre el modo correcto o ideal de organizar una sociedad y conducir la política, y que estas doctrinas funcionan a través de imperativos morales, pues establecen lo que es políticamente verdadero y correcto, y por ello “incluyen la recomendación de que sus ideales se realicen o de que continúen realizándose.”<sup>415</sup>

Por otra parte, el profesor Bobbio explica que si una ideología valora positivamente la realidad actual y por ello influye en ella para conservarla, será de tipo *conservador*, pero si por el contrario, la valora negativamente y se propone influir en ella para modificarla, será de tipo *progresista*.<sup>416</sup> Más adelante se explicará en detalle el rango más amplio de ideologías políticas.

Como se observa, el concepto de ideología ha evolucionado desde que fuese acuñado, y se ha desprendido de la connotación peyorativa que le daban Napoleón y Marx, para convertirse en un término que explica un fenómeno social. Pese a que la ideología ya no se conciba como una conciencia falsa o invertida de la realidad, no se puede negar que aún le acompaña un elemento de engaño, pues en el fondo siempre existirá una lucha de grupos con intereses diversos, por la hegemonía social. Se debe tener en cuenta entonces lo dicho por Barbara Goodwin: “Lo que verdaderamente engaña no es la ideología, sino la idea de que pueda existir una única explicación o un único conjunto de verdades sobre algo tan complejo y heterogéneo como es una sociedad.”<sup>417</sup>

Crear en determinado conjunto de ideas y así darle sentido a la vida propia es natural a la psique humana, pero no se debe perder de vista que las ideologías siempre estarán acompañadas de la dificultad de parcializar la forma de ver a una sociedad, por

---

<sup>413</sup> Íd., p. 14

<sup>414</sup> Barbara GOODWIN, *El uso de las ideas políticas*, Op. Cit., p. 22 y 23.

<sup>415</sup> Íd., p. 40

<sup>416</sup> Norberto BOBBIO, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1993, p. 227.

<sup>417</sup> Barbara GOODWIN, *El uso de las ideas políticas*, Op. Cit., p. 41



lo que el problema no radica en creer sino en lo que se cree. Por ello advierte Barbara Goodwin que aunque no se pueda alcanzar un conocimiento de la naturaleza completamente objetivo y neutro, se debe estar consciente de las incongruencias de una doctrina para escogerla (o no) y criticarla, con fundamento en juicios de hecho. Sostiene la autora: “Es cierto que las ideologías son, de acuerdo con la frase de Mannheim, «incongruentes con la realidad», pero si bien no cabe pensar que podamos percibir alguna vez la naturaleza de la realidad de un modo neutro y objetivo (...) al menos podemos ser capaces de valorar en qué medida ciertas doctrinas son menos incongruentes que otras, y así criticar y elegir entre ideologías, con la ayuda de los hechos.”<sup>418</sup>

No se debe olvidar que uno de los problemas que acompañan a las ideologías es el del fundamentalismo, del cual no están exentos ni la política ni la economía, y que precisamente pone en entredicho una de las características de la ideología, y es que no es conjunto estático de ideas, sino que evoluciona junto con la sociedad. De momento, se ha expuesto en líneas generales el concepto de ideología desde el instante en que se acuñó y sus líneas de evolución más relevantes, ahora solo resta aproximarse a un fenómeno poco estudiado, y es lo que ocurre cuando existe un acuerdo generalizado en una sociedad sobre determinado conjunto de ideas.

### **1.5.3. ¿Se puede hablar de supraideologías?**

El estudio de las ideologías políticas se centra en la actualidad en analizar un conglomerado de ideas compartido por determinados grupos de personas, y en cómo ello afecta o transforma la realidad, pues se debe recordar que las ideologías no solo son un conjunto de creencias, sino que también incluyen un programa de acción; de esta forma se pueden identificar corrientes de pensamiento más o menos constantes durante el siglo XX y el XXI, como por ejemplo el liberalismo, el conservadurismo, el socialismo, la socialdemocracia, etc.

Ahora bien, el desarrollo de la historia y las luchas sociales, entre otros factores, han conducido a que en la actualidad se pueda hablar de que la humanidad comparte ciertos valores y que pese a ciertas diferencias de poca importancia, haya logrado

---

<sup>418</sup> Ibid.

ponerse de acuerdo en un puñado de ideas especialmente relevantes; pero no se trata entonces de cualquier tipo de ideas, sino de aquellas que han permitido mejorar significativamente la vida de muchas personas y que generan consenso. Dentro de estas ideas se encuentran por ejemplo la democracia y el liberalismo, y *prima facie* los derechos humanos; no se debe perder de vista sin embargo que esto no ocurre en todas las latitudes del planeta.

Pero para explicar el porqué algunas ideas triunfan y se convierten en referente común de una sociedad, debemos ir un poco atrás y estudiar las dos concepciones de ideología propuestas por Karl Mannheim. En su libro *Ideología y Utopía*,<sup>419</sup> él plantea que existen dos sentidos distintos y separados del término ideología: uno particular que hace referencia al escepticismo frente a las ideas de nuestro adversario y que se relaciona por ende con el elemento *engaño*, y uno total, que se refiere a la ideología de una época o de un grupo histórico-social concreto.

Para Mannheim es especialmente relevante el papel de la historia en la ideología, pero de sus palabras puede extraerse una conclusión adicional, y es que la evolución histórica puede llevar a que el conjunto de creencias e ideas de un grupo de personas se extienda a otros grupos de personas, y que ello ocurre con cierta regularidad en la historia de la humanidad.

Explica Barbara Goodwin<sup>420</sup> de acuerdo con esta concepción de Mannheim, que un reflejo de la existencia de la ideología total puede encontrarse al hablar de épocas en la historia de la humanidad, por ejemplo, la edad de la creencia, la edad de la razón, etcétera. La ideología total, como modo de pensar común a toda una sociedad o a un período histórico particular, tiene una connotación adicional, y es que los individuos no pueden escapar de ella, salvo que emigren a otra cultura, donde se encontrarán con una ideología total diferente.

Como se observa, las ideologías pueden encontrar aceptación generalizada en una sociedad, por lo que en determinado momento, dejarían de ser exclusivas de un colectivo de personas, para convertirse en patrimonio común de un grupo más amplio. Vale la pena entonces rescatar las palabras de Teun A. van Dijk al explicar a la ideología

---

<sup>419</sup> Karl MANNHEIM, *Ideología y Utopía. Introducción a la sociología del conocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1987, p. 49 y ss.

<sup>420</sup> Barbara GOODWIN, *El uso de las ideas políticas*, Op. Cit., p. 31.

y poner de manifiesto este fenómeno:

“A veces, se comparten las ideologías de manera tan amplia que ellas parecen haberse vuelto parte de las actitudes generalmente aceptadas de una comunidad entera, como creencias obvias u opinión, o sentido común. Así, mucho de lo que hoy ampliamente se acepta como derechos sociales o humanos, tales como muchas formas de igualdad del género, eran y son creencias ideológicas de los movimientos feministas o socialistas. En ese sentido, y por definición, estas creencias pierden su naturaleza ideológica en cuanto se convierten en parte del ideario social común.”<sup>421</sup>

Las razones para que tal fenómeno ocurra, pueden encontrarse en las raíces mismas de la historia y la evolución de la humanidad, por ejemplo, la democracia es una forma de gobierno concebida desde la antigua Grecia, pero que solo se concretó hasta inicios del Siglo XX. Pese a las excepciones de Estados confesionales y los totalitarismos que aún perviven, es generalmente aceptado que esta forma de gobierno es valiosa y debe ser realizada en cualquier Estado que se precie de ser un Estado de Derecho.<sup>422</sup>

Como se mencionó páginas atrás, una de las funciones de la ideología es la de cohesión social, de ahí que cuando una idea o creencia cuente con una amplia aceptación pase a formar parte del ideario común. Este fenómeno bien puede denominarse entonces como supraideología. Teniendo en cuenta el origen etimológico, del prefijo *supra*, que significa arriba o encima de, se puede establecer que una supraideología es un conjunto de ideas o creencias superiores, que aglutinan a grupos de personas con pensamiento diverso o adversario.

Se ofrece esta definición del término, porque durante el curso de la presente investigación no se encontró ninguna. Se encontraron referencias aisladas y que por contexto permitían extraer la conclusión presentada, pero hasta el momento no existe una definición formal del término, ni en inglés ni en castellano. Adicionalmente, se

---

<sup>421</sup> Teun A. van DIJK, “Ideología y análisis del discurso”, Op. Cit., p. 11.

<sup>422</sup> Alf ROSS, *¿Por qué democracia?*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989. La idea de la democracia como macroconcepto es expuesta por Alf Ross en esta obra, y aunque él no utiliza expresamente el término supraideología, si se refiere a la democracia como una ideología superior y agregativa. Específicamente usa la expresión *ideología democrática superior* (p. 189). El autor realiza con esta obra una fuerte defensa de la democracia, pues considera que se trata de una idea racional sobre la forma de gobierno más adecuada, y expresa que pese a sus falencias y las múltiples formas que puede asumir, es valiosa porque permite resolver las diferencias a través de mecanismos pacíficos y del diálogo entre posturas opuestas, algo que otras formas de gobierno no permiten. Adicionalmente, explica que la ideología democrática, su defensa y su mantenimiento son importantes, por cuanto es el cemento mismo de una estructura social sólida, y que si los lazos ideológicos se aflojan, se abrirá la oportunidad a los poderes de la violencia y al dictador (p. 241).

encontraron referencias relacionadas al buscar bajo la palabra *metaideología* ó *metaideology*, pero tampoco existía una definición de dicha palabra.

En tres escritos se encontró la utilización del término supraideología y en otros dos la de metaideología:<sup>423</sup> el primer texto, de Neil Postman, es una exposición sobre la influencia de los medios de comunicación en la sociedad y en la política, y una crítica a la forma en que la cultura se transformó en un producto mercantil desde los años 50 del Siglo XX, en especial para ser vendido en la televisión. Es especialmente llamativa su frase: “el entretenimiento es la supraideología de todo el discurso sobre la televisión. No importa qué representa, ni cuál es el punto de vista, la presunción general es que está allí para nuestro entretenimiento y placer.”<sup>424</sup>

Los textos de Juan Antonio Rodríguez giran en torno al nacionalismo catalán, y en ellos el autor plantea que esta idea ha sido más bien una herramienta de control político en Cataluña, pues se busca que tanto el gobierno como la oposición de turno pacten asuntos a través del lenguaje común del nacionalismo. Expresa el autor en el tercer texto: “Podríamos definir la supraideología catalanista como un conjunto difusamente estructurado de símbolos que producen signos de pertenencia nacional”.<sup>425</sup> Esto se complementa con lo expuesto en su segundo texto: “Así la confrontación ideológica se produce bajo el supuesto de que, en lo que toca al marco común, la confrontación deja de serlo y domina el consenso. Ello provoca curiosas disfunciones: solo cabe hablar de dialéctica entre Gobierno y oposición en aquellas cuestiones no relacionadas directamente con los imperativos ideológicos del marco común”.<sup>426</sup> El autor expresa que los partidos políticos en Cataluña como regla general están enfrentados, pero excepcionalmente operan bajo un ideario común, causando lo que él denomina una *curiosa disfunción*, pero que a la postre no es más que la característica por

---

<sup>423</sup> En su respectivo orden: (1) Neil POSTMAN, *Divertirse hasta morir: el discurso público en la era del "show business"*, Ediciones de la Tempestad, Barcelona, 2001; (2) Juan Antonio RODRÍGUEZ TOUS, “Breve noticia de una transición. Política y Sociedad catalanas en los años finales del pujolismo”, en *El noticiero de las ideas*, Nº 3, jul-sep, Comeres Prensa, Madrid, 2000; (3) Juan Antonio RODRÍGUEZ TOUS, “Paradojas de la ciudadanía cultural. El ejemplo catalán”, en Fernando García de Cortázar, Coor., *Los temas de nuestro tiempo*, Fundación para el análisis y los estudios sociales, Madrid, p. 51 – 88, 2002; (4) Joan Antón MELLÓN, “Estudio introductorio: el uso político de las ideas”, en Joan Josep Vallbé, *Antología de textos políticos contemporáneos: la ideología escrita*, Tecnos, Madrid, p. 13-19, 2004; (5) Teun van DIJK, *Ideología. Una aproximación multidisciplinaria*, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 185, 354 y 397.

<sup>424</sup> Neil POSTMAN, *Divertirse hasta morir...*, Op. Cit., p. 91.

<sup>425</sup> Juan Antonio RODRÍGUEZ TOUS, “Paradojas de la ciudadanía cultural...”, Op. Cit., p. 53.

<sup>426</sup> Juan Antonio RODRÍGUEZ TOUS, “Breve noticia de una transición...”, Op. Cit., p. 71.

excelencia de la supraideología: el ser compartida por varios grupos de personas aún cuando tengan posturas diversas y enfrentadas en otros temas.

Joan Antón Mellón se refiere a la metaideología, utilizando el liberalismo como ejemplo del cambio y superación de ideologías políticas hacia un cierto acuerdo, expresando que este es la ideología predominante en la actualidad y que el debate político se centra ahora en qué tipo de liberalismo es más conveniente. Indica el autor: “El liberalismo, pues, se ha convertido en la filosofía política de la modernidad igual que lo es de la actual posmodernidad... una auténtica metaideología.”<sup>427</sup>

Por último, Teun van Dijk sostiene que el conservadurismo no es tanto una ideología sino más bien una metaideología global, que abarca y organiza varios grupos de ideas similares sobre la raza-etnicidad, la clase, la cultura y la política,<sup>428</sup> y que como tal, “controla las dimensiones de las ideologías (por ejemplo, las del neoliberalismo, sexismo o racismo), más que como una ideología de grupo distintiva.”<sup>429</sup>

Visto lo anterior, es posible responder el interrogante del título de manera afirmativa: sí es posible hablar de supraideologías. Una de las consecuencias de esta afirmación es contar con una herramienta metodológica, que permite identificar los puntos de acuerdo a partir de los cuales pueden dialogar posturas políticas adversarias, *contrario sensu*, aproximarse desde esta perspectiva permite evidenciar las falencias en los discursos políticos y enriquecer el debate público sobre la coherencia o incoherencia de las políticas públicas que involucren la realización de una supraideología, y la forma en que cada colectivo ideológico está presentando y desarrollando su programa de acción.

#### 1.5.4. ¿Son los derechos humanos una supraideología?

Tomando como punto de partida las ideas planteadas arriba, en el sentido de que una supraideología se caracteriza por ser un marco de referencia común para grupos de personas con sistemas de creencias adversarios, la falta de confrontación ideológica

---

<sup>427</sup> Joan Antón MELLÓN, “Estudio introductorio: el uso político de las ideas”, Op. Cit., p. 18.

<sup>428</sup> Teun van DIJK, *Ideología. Una aproximación multidisciplinaria*, Op. Cit., p. 354 y 397.

<sup>429</sup> *Id.*, p. 185 y 186.

entre los mismos respecto a aquel marco de referencia, y la predominancia del consenso, se analizará si los derechos humanos pueden enmarcarse dentro de esta categoría.

Acudiendo a la reciente historia de lo que podría llamarse *la idea moderna de derechos humanos*, es posible encontrar un punto de encuentro de la humanidad sobre lo que es valioso para todas las personas que habitamos este planeta, y este acuerdo se encuentra plasmado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948. Tiene un sentido romántico expresarlo en estos términos, pero en realidad, es un punto de vista pragmático que parte del hecho de que tras siglos de miseria y guerra, los seres humanos acordaron alejarse lo más posible de aquel modo de vida, e intentar a través de la constitución de una comunidad internacional y de un Derecho nuevo, conseguir algo mejor que lo que existía antes.

Por esta razón durante 1947 y 1948, como parte de las labores establecidas en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, y pese a que durante la segunda postguerra el mundo se encontraba dividido en los bloques oriental y occidental, se negoció un texto que abarcara valores comunes a la humanidad.<sup>430</sup>

Para tal fin, en 1947 los 18 Estados miembros de la extinta Comisión de Derechos Humanos,<sup>431</sup> designaron un Comité Redactor que se reunió en Ginebra y

---

<sup>430</sup> Organización de las Naciones Unidas, *Historia de la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, en <http://www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml>

Vale resaltar que uno de los trabajos de colaboración más importantes durante dicho período, fue el realizado en 1947 por la Unesco, que desarrolló en 1947 una investigación sobre los problemas teóricos de suscitaba una futura declaración universal. Para tal fin, envió un cuestionario a diversos pensadores y escritores influyentes del momento, dentro de quienes cabe citar a Jacques Maritain, Mahatma Ghandi, Harold Laski, Benedetto Croce, Aldous Huxley, Margery Fry, entre otros. Las conclusiones de la Unesco, el cuestionario y algunas respuestas seleccionadas se encuentran en UNESCO (comp.), *Los derechos del hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva declaración universal*, Fondo de Cultura Económica, México D.F. – Buenos Aires, 1949.

En este documento la Unesco pone de manifiesto la existencia de dos tendencias frente a los derechos humanos, y expresa que el ideal mantenido por las dos está muy lejos de ser divergente. Sin poner nombre a estas tendencias, la organización alude claramente a la concepción occidental y a la soviética de los derechos humanos, indicando que la primera surgió “de la premisa de los derechos individuales innatos y de un prejuicio contra una autoridad central poderosa y contra la intervención del gobierno”, mientras que la segunda se basaba “en principios marxistas y en la premisa de un gobierno central poderoso y pronto se unió a una planeación total (que automáticamente aumenta el poder central) y al gobierno de un solo partido (que inevitablemente reduce algunas libertades políticas).” (p.229 y 230).

<sup>431</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Composición de la Comisión de Derechos Humanos de 1974 a 2005*, en <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/membership.htm> Los 18 Estados eran: Egipto, China, India, Irán, Líbano, Filipinas, Chile, Panamá, Uruguay, Australia, Bélgica, Francia, Reino Unido, Estados Unidos, Bielorrusia, Unión Soviética, Ucrania y Yugoslavia.

estuvo compuesto por 8 personalidades de diversas nacionalidades.<sup>432</sup> Tras largos debates y votaciones, el 10 de diciembre de 1948 se aprobó el texto definitivo en Asamblea General. No hubo ningún voto en contra del mismo, pero sí abstención de 8 de los 58 Estados que para el momento constituían la ONU, y dos países no estuvieron presentes en la votación.<sup>433</sup>

Si se revisa el acta de la 183ª Sesión Plenaria de la Asamblea General, del 10 de diciembre de 1948, se encontrará que pese a las profundas diferencias de criterio en algunos temas,<sup>434</sup> existía un acuerdo más o menos general sobre la importancia de aprobar un instrumento jurídico en el que se plasmara lo que se consideraba un patrimonio común de valores que debían ser protegidos en forma de derechos fundamentales, bajo la denominación *derechos humanos*.

La Declaración constituye un hito sin precedentes en cuanto a aglutinar el acuerdo de varios países de diversa índole, alrededor del planeta, pero para ser fieles a la historia, se debe aclarar que este no fue el primer instrumento internacional de Derechos Humanos en tal sentido, pues meses antes de la aprobación de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, durante la IX Conferencia Internacional Americana (2 de mayo de 1948, Bogotá), se creó la Organización de Estados Americanos (OEA) y se aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

---

<sup>432</sup> Eleanor Roosevelt, quien presidió el Comité de Redacción de la DUDH, René Cassin, de Francia, quien redactó el primer proyecto de la Declaración, el Relator de la Comisión, Charles Malik, del Líbano, el Vicepresidente, Peng Chung Chang, de China, Hernán Santa Cruz de Chile, Alexandre Bogomolov/Alexei Pavlov de la Unión Soviética, Lord Dukeston/Geoffrey Wilson del Reino Unido, y William Hodgson de Australia. Adicionalmente, contaron con el acompañamiento del Director de la División de Derechos Humanos de Naciones Unidas, John Humphrey, de Canadá, quien preparó la copia de la Declaración. (Organización de las Naciones Unidas, *Los Derechos Humanos y Naciones Unidas*, en <http://www.un.org/spanish/geninfo/faq/hr2.htm> y Organización de las Naciones Unidas, *Historia de la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Op. Cit.).

<sup>433</sup> Organización de las Naciones Unidas, *Crecimiento de Número de Estados Miembros de las Naciones Unidas, desde 1945 al presente*, en <http://www.un.org/es/members/growth.shtml#1940> y Organización de las Naciones Unidas, Acta de la 183ª Sesión Plenaria, del viernes 10 de diciembre de 1948 (Aprobación de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre), en <http://www.un.org/Depts/dhl/landmark/pdf/apv183s.pdf>

<sup>434</sup> Uno de los grandes opositores de la aprobación del texto fue la extinta Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, que invitaba a continuar el debate en sesiones posteriores, y había propuesto varias enmiendas al texto, todas votadas negativamente en dicha sesión por la Asamblea. Sin embargo, y dada la importancia del documento, al momento de la votación nominal sobre la totalidad del proyecto no votó negativamente, sino que junto con la República Socialista Soviética de Bielorrusia, Checoslovaquia, Polonia, Arabia Saudita, República Socialista Soviética de Ucrania, Unión Sudafricana, y Yugoslavia, se abstuvo. Sus diferencias se debían principalmente a la falta de inclusión de contenidos sociales dentro de la Declaración.



Este documento también recogía un sentir común para los Estados Americanos en la época, en torno a la dignidad humana y los derechos que debían respetarse para desarrollarla, pero, y este sea el tinte más interesante del instrumento, también establecía los deberes que debían respetar las personas para alcanzarla. En el apartado sobre la solidaridad se dedicó unas líneas sobre la relevancia de rehabilitar la idea de deber y sobre el papel de la responsabilidad en el cumplimiento de los derechos, por lo que se remite a lo allí expresado.

La aprobación de instrumentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, es la evidencia de que existe una idea global sobre los mismos, que está más allá de las diferencias ideológicas de los Estados parte de las organizaciones internacionales y regionales, y que es parte de un consenso sobre unos valores superiores que se deben proteger y realizar.

Los *derechos humanos* constituyen una idea que, llevada al terreno práctico, ha permitido mejorar la vida de muchas personas y promete hacerlo continuamente y para muchos más seres humanos, esto en consecuencia le dota de legitimidad y fuerza para generar consenso alrededor suyo. Cumple así uno más de los requisitos antes expuestos para entrar en la categoría conceptual de supraideología.

Los derechos humanos tienen una ventaja frente a otras supraideologías, y es que se encuentran plasmadas en documentos accesibles por cualquier persona alrededor del globo. En especial en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Al revisar este documento se puede verificar que el consenso descansa sobre las ideas de: reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, libertad, justicia, paz, una vida liberados del temor y de la miseria, relaciones amistosas entre las naciones, protección por un régimen de Derecho (para no acudir al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión).

No se debe olvidar que la Declaración Universal de Derechos Humanos constituye además una enérgica pero civilizada protesta contra los horrores de la guerra y la barbarie, lo que explica la potencia con que la idea de derechos humanos inicialmente congregó a naciones tan diversas. Como ideología superior y agregativa, los



derechos humanos han contribuido al afianzamiento de los lazos sociales entre los seres humanos, tanto a un nivel abstracto (compartiendo la idea de pertenencia a la humanidad), como a niveles locales. Pese a todos los problemas que aún se encuentran pendientes de solución con relación a la realización de los derechos, es innegable que cualquier persona en cualquier parte del planeta tiene al menos un mínimo de conocimiento y conciencia sobre estos.

Al respecto vale recordar lo dicho por Norberto Bobbio: “Sólo después de la Declaración podemos tener la certidumbre histórica de que la humanidad, toda la humanidad, comparte algunos valores comunes y podemos creer finalmente en la universalidad de los valores en el único sentido en que tal creencia es históricamente legítima, es decir, en el sentido en que universal significa no dado objetivamente, sino subjetivamente acogido por el universo de los hombres”.<sup>435</sup>

La idea *derechos humanos* ha irradiado los imaginarios colectivos, es decir, hace parte de la cultura y del patrimonio de las naciones, por lo que cumple otra de las condiciones de las supraideologías: ha perdido su naturaleza ideológica y hace parte del ideario social común. Más aún es el marco de referencia común para que existan debates entre posturas políticas adversarias, bien sea a nivel nacional, regional o internacional.

Esta pérdida de naturaleza ideológica, explicada por Van Dijk cuando se refería a las ideologías totales, debe ser sin embargo matizada. Las supraideologías hacen parte de un patrimonio común a un amplio grupo de personas con pensamiento diverso o adversario, pero en estricto sentido nunca pierden su naturaleza ideológica, sino que se produce un cambio en la percepción que sobre ella tienen las personas, debido a que la supraideología no evoca conflicto ni enfrentamiento agonístico por el control de significados.

Se mencionó que una ideología se caracterizaba no solo por plantear un conjunto de creencias comunes, sino también por plantear un programa de acción, pues bien, en el caso de la supraideología una vez superado el conflicto ideológico, éste parece trasladarse al terreno del control de los programas de acción. De ahí el diferente alcance que cada ideología intenta dar a los medios necesarios para alcanzar la realización de las macro-ideas, o las fundamentaciones que asumen para justificar su postura. Esto

---

<sup>435</sup> Norberto BOBBIO, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, Op. Cit., p. 66.

explicaría porque existen dos grandes pactos internacionales de derechos, pues constituyen los planes de acción para la realización de dichas ideas, respondiendo a cada sesgo ideológico con que cada uno de ellos nació; es evidente entonces que posturas adversarias buscaban operativizar el consenso alcanzado en 1948, pero cada una a su modo.

Visto lo anterior, es posible concluir que los derechos humanos son un conjunto de ideas o creencias superiores con especial relevancia moral, que aglutinan a grupos de personas con pensamiento diverso alrededor del globo; sus contenidos han permitido mejorar la vida de muchas personas, y dado que se encuentran plasmadas en un documento de alcance universal<sup>436</sup> pertenecen a la humanidad en su conjunto. Es momento entonces de responder afirmativamente el interrogante planteado al inicio del acápite: Los derechos humanos sí son una supraideología.

¿Pero de qué sirve hablar de los derechos humanos como supraideología cuando el enfrentamiento ideológico pervive en los programas de acción? Pues bien, la importancia radica en que entender los derechos humanos como supraideología implica la existencia de un compromiso político previo y superior con consecuencias jurídicas, especialmente visibles a nivel constitucional, por el cual los programas de acción deben orientarse en un sentido, y los sesgos fuertes en los mismos pueden corregirse a partir del marco común de entendimiento. Sin adelantar la temática que se desarrollará en capítulos posteriores, bien se puede decir desde ya, que hablar de los derechos humanos como supraideología es lo que permite entenderlos como una garantía política primaria. No se debe olvidar además lo expresado al proponer una definición del término supraideología en el presente documento, pues se trata de una herramienta metodológica que permitirá observar los puntos de acuerdo que posibilitarán el diálogo político entre

---

<sup>436</sup> Sobre la universalidad de los derechos en la práctica ver Francisco Javier ANSUÁTEGUI, “La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Ética pública”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° XVI, Ministerio de Justicia/ BOE/ Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 1999, p. 199-224, y Gregorio PECES-BARBA, “La universalidad de los derechos humanos”, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 15-16, Alicante, Universidad de Alicante, 1994, p. 614-615. El profesor Ansuátegui explica que la universalidad no es un concepto absoluto, por ello basándose en la explicación de Gregorio Peces-Barba sobre los tres tipos de universalidad: lógica, temporal y espacial, explica que tanto en los ordenamientos internos como en los internacionales, los derechos fundamentales no son en verdad universales en sentido temporal y espacial, y que sólo la universalidad es posible en el campo moral. De esta forma, los derechos fundamentales se sitúan en el marco de un discurso prescriptivo, no en uno descriptivo (p. 212-215). Esto implica entonces que la universalidad, como rasgo de la supraideología de los derechos humanos, se ha de situar también en este marco, es decir, como potencia política, no como realidad consolidada.

posturas adversarias y, ayudará a detectar las falencias de los discursos políticos y de las políticas de realización de derechos. En resumen, resultará útil para el análisis jurídico de la política de derechos de un Estado o ente supranacional.

Para finalizar este punto conviene citar las palabras de Eusebio Fernández, quien sin aludir explícitamente al concepto de supraideología, refleja bien el espíritu de lo aquí expresado con relación a la supraideología de derechos humanos: “Sin olvidar que los derechos humanos fundamentales expuestos en la Declaración Universal deben representar y ser entendidos como un ideal común o código de conducta compartido por personas y Estados. Funcionaría como una ética de mínimos, cuyas exigencias y deberes, de estricto cumplimiento, posibilitarían la compatibilidad con culturas, religiones e ideologías políticas diferentes y particulares.”<sup>437</sup>

#### **1.6. IZQUIERDA(S) Y DERECHA(S): EL CONFLICTO POR LOS DERECHOS QUE SE DEBEN REALIZAR**

Las denominaciones *izquierda* y *derecha* políticas tienen su origen en el Senado romano, y se relacionan con la ubicación espacial que adoptaban los senadores al momento de emitir sus votos. Esto debido a que el sistema de votación era *per dicessione*, es decir, mediante el abandono de sus asientos para ir de derecha a izquierda según el contenido del voto.<sup>438</sup> Lo usual es que los votos a favor se manifestaran, ubicándose a la derecha de quien había hecho la propuesta y a su izquierda en caso contrario. Se piensa que también tiene relación con la ubicación espacial durante los Estados Generales de 1789 en Francia, pues la nobleza estaba sentada a la derecha del Rey, y el tercer estado a su izquierda;<sup>439</sup> y, durante la asamblea constituyente de la efímera monarquía parlamentaria de 1791, también en Francia, en donde los monarquistas (conservadores) se sentaron a la derecha del presidente y los revolucionarios (radicales) lo hicieron a la izquierda.<sup>440</sup>

---

<sup>437</sup> Eusebio FERNÁNDEZ, *Valores constitucionales y Derecho*, Dykinson / IDHBC, Madrid, 2009, p. 217.

<sup>438</sup> Nelly LOUZÁN DE SOLIMANO; Horacio GARCÍA, “El elemento aristocrático de la República Romana: El Senado”, en *Aequitas*, Vol. 2, N° 2, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Salvador, Buenos Aires, 2013, p. 148.

<sup>439</sup> Sofía CORREA SUTIL, *Con las Riendas del Poder: La Derecha Chilena en el Siglo XX*, Sudamericana, Santiago, 2005, p.16

<sup>440</sup> Gabriel ZAID, “Izquierda y derecha: su prehistoria”, en *Letras Libres*, Núm. 94, julio de 2009, Letras Libres Internacional, Madrid, 2009, p. 44. El autor plantea en su ensayo que la división izquierda-derecha es una realidad antropológica que ha acompañado al género humano desde sus inicios, y que las facciones

Lo anterior pone de manifiesto que la antítesis Izquierda – Derecha no es un fenómeno nuevo, y tampoco lo es en materia de derechos fundamentales, pues las corrientes políticas no logran ponerse de acuerdo sobre cuáles son los derechos que deben realizar. El lector o lectora se estará preguntando, cómo es posible que quien escribe contradiga de manera tan grosera lo escrito hace tan solo unas líneas. La respuesta es que no hay contradicción, pues si bien existe un pacto global sobre la idea *derechos humanos*, aún existe un problema en la extensión de lo que dicho acuerdo implica.

Este problema de desacuerdo ideológico radica en que cada postura, pese a adherir a la supraideología de derechos humanos, la interpreta a su manera; por ejemplo, la extrema derecha va a aceptar los valores que fundamentan estos derechos, pero magnificará algunos, como por ejemplo la libertad y la autodeterminación, y en otros casos solo aplicará los derechos a ciertas personas que encajen en su definición de sujeto de derechos (a guisa de ejemplo, los neonazis solo dan derechos plenos a las personas blancas). Pero no nos adelantemos a la temática propuesta.

Para empezar, conviene adoptar una metodología que permita estudiar el tema sin perder el norte de la cuestión. Por ello resulta adecuado apoyarse en Robert Eccleshal<sup>441</sup> quien explica que la ideología se puede analizar desde tres campos de estudio, y que estos suelen confundirse, lo que supone una dificultad para el examen del concepto mismo. Así, él identifica que la ideología puede investigarse desde (i) el status epistemológico, (ii) su dimensión sociológica y, (iii) su aspecto proselitista. Es decir, la ideología puede analizarse (cuando menos) desde la epistemología, la sociología y la psicología. Explica el autor que el status epistemológico, concierne a su utilidad como conocimiento de la sociedad, su dimensión sociológica a su conexión con los procesos y prácticas sociales, y su dimensión proselitista, a su capacidad para captar adeptos.<sup>442</sup>

La explicación de Robert Eccleshal permite a los juristas aproximarse de mejor modo al entendimiento las ideologías políticas y cómo estas afectan los sistemas jurídicos. Así, en el presente estudio no se abordarán ni la faceta epistemológica ni la

---

que se dieron en la revolución francesa, pueden bien ser resultado de los simbolismos y las dicotomías con las que el ser humano representa su realidad desde hace muchos siglos (izquierda-derecha; profano-sagrado; caliente-frío, etc.).

<sup>441</sup> Robert ECCLESHALL, *et. al.*, *Ideologías Políticas*, Op. Cit., p. 34 y ss.

<sup>442</sup> *Ibid.*

proselitista, pero sí se aprovechará en beneficio del análisis propuesto, la dimensión sociológica.

Para indagar entonces por la dimensión sociológica de las ideologías políticas, y evidenciar posteriormente cómo afectan la realización de los derechos fundamentales, resulta útil traer a colación también la metodología de Joan Antón Mellón,<sup>443</sup> quien sostiene que una ideología política puede analizarse de dos maneras: (1) desvelando su núcleo fundamental o concepciones nucleares, o, lo que es lo mismo, sus presupuestos teóricos centrales y, (2) identificando los *sistemas o mecanismos de uso ideológico*; dentro de los que incluye: el control hegemónico de las estructuras conceptuales, el control de los axiomas políticos, la racionalización demagógica, la universalización, la naturalización, el fenomenismo y la satanización.

Aceptando la metodología de Antón<sup>444</sup> basada en comparaciones y modelizaciones, resulta muy útil para analizar las ideologías de derecha e izquierda la primera manera propuesta –desvelamiento de las concepciones nucleares–. Para realizar el análisis de fondo se utilizarán los planteamientos de Norberto Bobbio, en *Destra e sinistra*,<sup>445</sup> obra en la que buscaba revitalizar el debate político sobre la aún existente diferencia política entre ideologías de derecha e izquierda.

El profesor Bobbio explicaba a lo largo de las páginas de *Derecha e Izquierda*, que aún se pueden diferenciar estas dos corrientes políticas, y para hacerlo, utiliza la categoría *diadas*, a la que aplica unos criterios que le permitan identificar de manera objetiva dichas diferencias. Estos son: la valoración de la tradición, la importancia de los valores libertad e igualdad y la relación libertad – autoritarismo.

---

<sup>443</sup> Joan Antón MELLÓN, “Estudio introductorio: el uso político de las ideas”, Op. Cit., p. 15 – 17.

<sup>444</sup> Joan Antón MELLÓN, “‘La sangre vale más que el oro’. ¿Son fascistas las ideas-fuerza de la nueva Derecha europea (ND)?”, en AECPA, *Memorias IX Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración*, (Actas Área IV – Comportamiento Político, Grupo de Trabajo 4.4 Extremismo y democracia excluyente), Málaga, 2009. [http://www.aecpa.es/congresos/congreso\\_09/grupos-trabajo/area04/GT04/actas.php](http://www.aecpa.es/congresos/congreso_09/grupos-trabajo/area04/GT04/actas.php) (12-11-2013). Me separaré sin embargo de los planteamientos de fondo de este autor, y adheriré a las tesis de Norberto Bobbio por ser más claras y concisas, y por ende más útiles a los propósitos del presente texto. Esto no implica desconocer que existen otras posibles clasificaciones de las ideologías, y los partidos políticos que las comparten.

<sup>445</sup> Versión castellana: Norberto BOBBIO, *Derecha e Izquierda. Razones y significados de una distinción política*, Taurus, Madrid, 1995. Esta obra fue escrita por él en 1994, es decir, en una Italia conmocionada por los recientes sucesos, en aquel momento, del *mani pulite* y *ad portas* de las elecciones parlamentarias, durante una campaña electoral marcadamente partidaria y agresiva.

a. Valoración de la tradición: el profesor Bobbio<sup>446</sup> explica que uno de los criterios que permiten diferenciar la izquierda de la derecha, es la forma en que conciben la tradición como mecanismo de gobierno, es decir, manteniéndola y viviendo en ella, o superándola. Para la derecha es esencial salvaguardarla, mientras que la izquierda pretende emanciparse, liberar a las personas de toda opresión y privilegio que aquella genera. En este sentido expresaba Bobbio que “El alma de la derecha puede ser expresada sintéticamente con el lema: «Nada fuera ni en contra de la tradición, todo en y por la tradición».”<sup>447</sup> De esta forma, sostiene Bobbio, tradición y emancipación serían las metas fundamentales e irrenunciables de cada parte.<sup>448</sup>

De todas formas, Bobbio entiende que este criterio no está completo, pues no resiste completamente al paso del tiempo, y *tradición* no es un concepto con un significado unívoco; pese a esto, resulta un criterio de diferenciación útil si se le utiliza conjuntamente con el criterio del autoritarismo que se verá adelante.

b. Relación igualdad y desigualdad: quizás este es el criterio más importante para diferenciar ideologías, pues la igualdad, explica Bobbio, es el único que ha resistido el paso del tiempo como criterio de distinción entre izquierda y derecha.<sup>449</sup>

Bobbio enfatizaba en que a la hora de pensar en la idea de igualdad deben tenerse presentes tres variables: (i) los sujetos (que presentan diferencias entre sí) entre quienes se repartirán los bienes o los gravámenes, (ii) los bienes o gravámenes y (iii) el criterio de repartición, pues la diferente combinación de estas variables dará resultados diferentes.<sup>450</sup>

La diferente concepción y actitud frente a la desigualdad es un aspecto que marca una gran diferencia entre izquierda y derecha, pues la primera considera que las desigualdades naturales y sociales son corregibles, mientras que las ideologías de derecha consideran lo contrario. De ahí la importancia que los movimientos de izquierda

---

<sup>446</sup> Íd., p. 113-132.

<sup>447</sup> Íd., p. 114.

<sup>448</sup> Íd., p. 116.

<sup>449</sup> Íd., p. 132.

<sup>450</sup> Íd., p. 136-137. Sostenía el profesor italiano: “Los sujetos pueden ser todos, muchos o pocos, o incluso uno solo; los bienes a repartir pueden ser derechos, ventajas o facilidades económicas, posiciones de poder; los criterios pueden ser la necesidad, el mérito, la capacidad, la clase, el esfuerzo, y otros más y como mucho la falta de cualquier criterio, que caracteriza el principio igualitario en grado sumo, que propongo llamar «igualitarista»: «lo mismo para todos»” (Íd., p. 137)

atribuyen a los derechos sociales, como correctores de desigualdades naturales y sociales.

Pero no sería fiel a la verdad encasillar a la derecha como completamente anti-igualitaria, por ello el profesor Bobbio explica que la izquierda tiene una mayor sensibilidad en cuanto se refiere a la disminución de desigualdades, pero no quiere decir que la derecha quiera conservar todas las desigualdades.<sup>451</sup>

Aclara el profesor italiano que no se debe confundir que la izquierda sea *igualitaria* con que sea *igualitarista*, pues se trata de criterios diferentes y la izquierda igualitaria no busca que todos los seres humanos sean iguales en todo.<sup>452</sup> Así, lo igualitario (no lo igualitarista) “parte de la convicción de que la mayor parte de las desigualdades que lo indignan, y querría hacer desaparecer, son sociales y, como tales, eliminables; lo no igualitario, en cambio, parte de la convicción opuesta, que son naturales y, como tales, ineliminables.”<sup>453</sup> Por ello la desde la izquierda se considera por lo general que el ser humano puede corregir ambos tipos de desigualdad.<sup>454</sup>

Por último, en este punto vale destacar la diferencia que remarca Bobbio entre libertad e igualdad<sup>455</sup> ya que se trata de conceptos no simétricos, pues la libertad es un estatus de la persona, y la igualdad indica una relación entre dos o más entidades; así, se tendría que la libertad es un bien individual, mientras que la igualdad es un bien social.

c. Relación libertad – autoritarismo: Bobbio explica que otra díada importante al momento de identificar si una ideología es de derecha o izquierda (y especialmente qué tipo de derecha o izquierda) es la de libertad-autoridad, ello quiere decir, si se utilizan o no mecanismos autoritarios para alcanzar los ideales últimos de determinado grupo social.<sup>456</sup> Sostiene Norberto Bobbio que debe tenerse en cuenta la moderación o radicalidad de los medios con que una ideología política busca alcanzar su proyecto de transformación social, pues si solo puede realizarse a través de regímenes autoritarios, se estará ante alas radicales.

---

<sup>451</sup> Íd., p. 144

<sup>452</sup> Íd., p. 140

<sup>453</sup> Íd., p. 146

<sup>454</sup> Íd., p. 147

<sup>455</sup> Íd., p. 160

<sup>456</sup> Íd., p. 161 y ss.

De esta forma, si el criterio que se debe tener en cuenta para diferenciar a la derecha de la izquierda es su diferente apreciación de la idea de igualdad-desigualdad, entonces el criterio para distinguir si se trata de un ala moderada o extremista es la diferente actitud que tengan con respecto a la libertad.<sup>457</sup>

En *Derecha e Izquierda* Bobbio enfatiza que no es posible diferenciar estos *lugares del espacio político* solo basándose en un criterio pues se trata de conceptos relativos, y por ende no substantivos y ontológicos, ni tampoco son calidades intrínsecas del universo político<sup>458</sup>; esto permite en su tesis hablar de derechas e izquierdas moderadas y desestabilizadoras usando la díada libertad-autoridad<sup>459</sup>.

Pero la clasificación de las doctrinas y movimientos no se puede realizar solo teniendo en cuenta uno u otro criterio de esta díada, pues según sostiene el profesor italiano “han existido y existen todavía doctrinas y movimientos libertarios tanto a la derecha como a la izquierda.”<sup>460</sup>, y tanto los movimientos revolucionarios como los contrarrevolucionarios, pese a diferir en su proyecto político, coinciden en los mecanismos radicales para lograrlos por lo que abogan por regímenes autoritarios<sup>461</sup>, y esto supondría que no habría cómo diferenciarlos en izquierda o derecha.

Por esta razón Bobbio tiene presentes ambos criterios de clasificación –actitud frente a la igualdad y la libertad–, para distribuir las doctrinas y movimientos en cuatro partes<sup>462</sup>: (i) en la extrema izquierda se encuentran los que son a la vez igualitarios (sic)<sup>463</sup> y autoritarios, (ii) en el centro izquierda ubica a los que son igualitarios y libertarios, (iii) en el centro derecha están los que son a la vez libertarios y no igualitarios (o igualitarios mínimos pues respetan la igualdad frente a la ley), y por último (iv) en la extrema derecha quedan los antiliberales y anti-igualitarios (nazismo y fascismo). Esta clasificación se puede graficar de la siguiente forma, teniendo en cuenta como advierte el propio Bobbio, que es solo una aproximación a la realidad, que en todo

---

<sup>457</sup> Íd., p. 162

<sup>458</sup> Íd., p. 128

<sup>459</sup> Íd., p. 124-125 y 161.

<sup>460</sup> Íd., p. 161

<sup>461</sup> Íd., p. 162

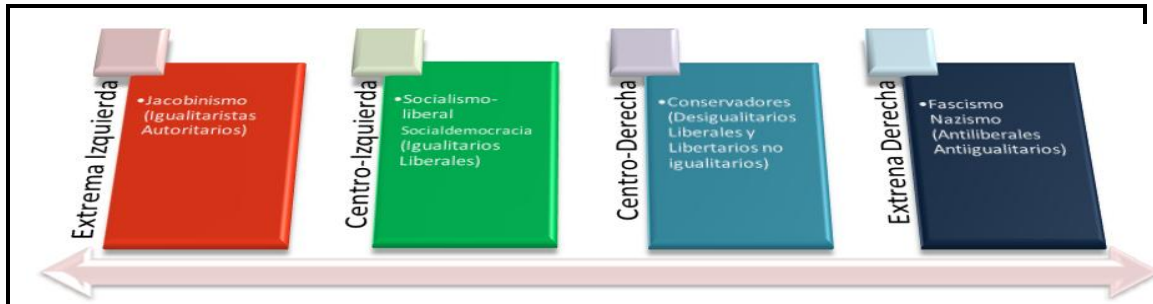
<sup>462</sup> Íd., p. 162-163

<sup>463</sup> Teniendo en cuenta que Bobbio hizo una diferencia tajante entre igualitarios e igualitaristas, se puede suponer que el uso de esta palabra se debe a un error en la traducción y que Bobbio se refiere a **igualitaristas**, pues de otra forma habría un error en su clasificación por una contradicción en el uso terminológico.



caso es mucho más variada:

Ilustración 6  
Derechas e izquierdas según radicalidad en Bobbio



Fuente: Bobbio<sup>464</sup>

Elaboración propia

Cobra sentido entonces que la forma de asumir la fundamentación filosófica de los derechos fundamentales conduzca a conclusiones divergentes y a caminos tan diferentes a las diversas ideologías políticas, pese a estar de acuerdo en la idea de *derechos humanos*. Por esta razón los partidos de derecha moderada serán proclives a la realización de los derechos individuales, mientras que los de izquierda moderada lo serán a los derechos sociales, sin descuidar los individuales claro está, pero entendiendo que ya existe una institucionalidad idónea para realizarlos, pero se requiere intensificar y redireccionar los esfuerzos hacia los derechos olvidados.

Esto explica por ejemplo que una crisis económica durante un gobierno de derecha, sea la medianoche para la *Cenicienta derechos sociales*, pues se considera más bien como una cuestión suntuaria destinar presupuestos a cumplirlos, cuando acucia —en su concepto— mantener intactos los derechos individuales.

Antonio Enrique Pérez Luño,<sup>465</sup> apunta al respecto al referirse al neoliberalismo característico de los gobiernos de derecha, y en específico al caso de Von Hayek, que sus tesis: “han influido decisivamente en un amplio sector de economistas neoliberales que coinciden en afirmar el primado de la libertad individual y que condicionan la existencia de ésta a la defensa de la libertad de mercado.” Y agrega, al referirse a la

<sup>464</sup> Norberto BOBBIO, *Derecha e Izquierda*, Op. Cit., p. 162-163.

<sup>465</sup> Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Op. Cit., p. 151.

fundamentación de los derechos desde esta perspectiva, que existe un planteamiento antinómico de los valores libertad e igualdad, inclinándose por la subordinación de la segunda a la primera.<sup>466</sup> Concluye Pérez Luño, que se trata entonces de un enfoque individualista de los valores éticos y políticos, y se hace una interpretación económica de los derechos humanos tendente a enfatizar el papel del derecho de propiedad.<sup>467</sup>

El problema es más grave cuando se trata de alas radicales, tanto de derecha como izquierda, pues ya no se puede hablar de fundamentación que privilegia la realización de unos valores por sobre otros, se estará llana y simplemente ante un caso de fundamentalismo político, en el que las ideas y valores son estáticos e inmutables, la fundamentación es falaz y los cursos de acción están orientados fijamente hacia un único proyecto social posible, contrario por demás a la democracia.<sup>468</sup> Se puede concluir entonces que solo las ideologías moderadas son compatibles con la democracia y los derechos fundamentales.

Por último, el conflicto entre Izquierda y Derecha moderadas frente a los derechos fundamentales es real, pero constituye el curso normal de la democracia, y depende de los ciudadanos plantarse frente a los gobernantes a recordarles que la realización de los derechos fundamentales debe ser completa. Por otra parte, y no debe importar la tendencia política frente a la siguiente afirmación: la izquierda y derecha políticas están sujetas también al imperio de la ley, y los derechos fundamentales son Derecho positivo, por lo que debería extrañarnos que en los parlamentos aún se debata si unos derechos son o no tales, cuando las normas jurídicas ordenan que estos se cumplan.

---

<sup>466</sup> *Ibid.*

<sup>467</sup> *Ibid.* El autor ejemplifica la situación así: “Respecto al carácter inevitable de la contraposición entre la libertad y la igualdad de los neoliberales conservadores insisten en afirmar que el avance en el reconocimiento igualitario del derecho a la educación supone comprometer la libertad de enseñanza y la libre elección de escuela; que el reconocimiento en términos sociales del derecho a la asistencia sanitaria reduce o suprime las posibilidades de los enfermos de elegir a sus facultativos, y limita el libre ejercicio de la medicina; que el reconocimiento del derecho a la seguridad social, al descanso, a las vacaciones retribuidas o a la negociación colectiva representan una quiebra del principio de la libre autonomía de las partes en la contratación laboral; y que, en suma, cualquier intento de igualar las rentas a través de un sistema fiscal avanzado que las redistribuya amenaza, cuando no niega, el libre disfrute del derecho de propiedad.”

<sup>468</sup> En este sentido Alf ROSS, *¿Por qué democracia?*, Op. Cit. quien explica que la democracia no puede ahorcarse a sí misma permitiendo que los totalitarismos asuman el poder y el gobierno.

## **1.7. CONCLUSIONES**

La fundamentación racional de los derechos fundamentales es relativa y contextual, por cuanto estos derechos han cambiado con el paso del tiempo y las concepciones culturales obligan a matizarlos en un sentido particular a cada sociedad. Existen muchos modelos de fundamentación, sin embargo, el que mejor explica todas las categorías de derechos fundamentales (individuales, políticos, sociales, de nuevas generaciones) es el que tiene como eje la dignidad humana, basándose en los valores superiores de la igualdad, la solidaridad y la libertad, e incluyendo la satisfacción de las necesidades humanas básicas.

Este modelo resulta adecuado porque pretende que las personas sean en verdad sujetos morales y políticos, ya que recoge exigencias morales básicas y comúnmente compartidas, las contextualiza para seres humanos reales, no abstractos, a través de sus necesidades básicas, y reconoce la importancia de su traducción al mundo jurídico con la positivización, para que estas pretensiones puedan ocurrir en la realidad.

Al analizar con algún detalles los valores superiores en que se basa la perspectiva de fundamentación estudiada, se debe llegar a la conclusión de que siendo ideas tan poderosas se debe tener cuidado con la manera en que se utilizan y presentan públicamente, pues un uso reduccionista o manipulador es peligroso, por ejemplo, privilegiando la realización de un valor superior, y descuidando otro o incluso, negando su importancia. Este fue el caso del comunismo, que se enfocó casi exclusivamente en la realización de un tipo específico de igualdad, o del neoliberalismo que se basa casi en su totalidad en la libertad y la desregulación.

Ahora bien, no se debe olvidar que la concepción de la universalidad es otro factor que debe acompañar al discurso de derechos, pues aunque en la realidad no ocurre que estos sean tales, es decir, no existe universalidad en sentido temporal ni espacial, los derechos fundamentales deben ser universales en sentido moral (ó lógico), es decir, son un rasgo prescriptivo, algo que sería deseable en la realidad. De allí que determinado conjunto de ideas políticas resulte más o menos atractivo según incluya o excluya grupos de personas, y esto también resulta peligroso.

Lo anterior recuerda el sentido fuerte con el que Marx utilizaba la palabra ideología, refiriéndose a una creencia falsa resultado de la dominación de clases; sin

embargo, para un análisis jurídico y político contemporáneo es preferible usar el sentido débil, pues alude a los sistemas de creencias políticas en general. Si adicionalmente se categorizan estos sistemas en un rango de Izquierdas y Derechas es más fácil determinar en qué medida se privilegia un valor superior como creencia nuclear que da sentido a determinada ideología, y cómo esta se aleja o acerca al discurso de derechos fundamentales.

Se debe recordar entonces que las ideologías son sistemas de creencias sociales, almacenados en la memoria de largo plazo, y cuya principal función es la cohesión social de un grupo determinado de personas, y cuando una idea llega a generalizarse de manera arrolladora hará parte de la cultura, por lo que consecuentemente se hablará de una supraideología.

Aunque en la actualidad no existe una definición formal del concepto supraideología, se propone definirlo como un conjunto de ideas o creencias superiores, que hacen parte del ideario común y permiten temporalmente aglutinar a grupos de personas con pensamiento diverso o adversario, en torno a una idea común.

Los derechos fundamentales, o como se les conoce comúnmente *derechos humanos*, son una idea que llevada a la práctica ha permitido mejorar la vida de muchas personas, de allí su amplia legitimidad y fuerza; por ello no extraña que en 1948 se plasmara un consenso casi universal alrededor suyo, a través de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Desde entonces la idea de los *derechos humanos* irradió permanentemente los imaginarios colectivos, y por ende perdió su naturaleza ideológica y pasó a hacer parte de la cultura y del patrimonio de las naciones. Ahora bien, los derechos humanos también son un marco de referencia común para llevar a cabo debates entre posturas políticas adversarias a nivel nacional, regional e internacional. Como se observa, confluyen las características que permiten hablar de una supraideología, así que se puede concluir que los derechos humanos en la actualidad son una supraideología.

Una de las consecuencias de contar con la categoría conceptual supraideología, es tener una herramienta metodológica que permite identificar los puntos de acuerdo a partir de los cuales pueden dialogar posturas políticas adversarias; *contrario sensu*, aproximarse desde esta perspectiva permite evidenciar las falencias en los discursos políticos y enriquecer el debate público sobre la coherencia o incoherencia de las

políticas públicas que involucren la realización de una supraideología, como por ejemplo los derechos humanos, y la forma en que cada colectivo ideológico está presentando y desarrollando su programa de acción.

Ahora bien, aunque los derechos humanos sean una supraideología se les debe diferenciar de otras ideologías porque cuenta con el elemento de la positivización, por lo que no se trata de cualquier conjunto de ideas aislado, sino de uno que hace parte del conjunto de normas jurídicas que deben regir en un Estado.

Es casi obvio decirlo, pero los partidos políticos de diversas ideologías, suelen privilegiar sus concepciones nucleares por encima de lo que dispone la Ley en materia de derechos fundamentales. Esto es visible por ejemplo en la inadecuada gestión de recursos públicos, para la realización de los derechos fundamentales de tipo social, evidente por ejemplo en acciones como la privatización de bienes del Estado para minimizar su tamaño y privilegiar la libertad de empresa privada, olvidando que los intereses privados rara vez coincidirán con la lógica de derechos fundamentales como la salud o la educación, ya ni hablar del trabajo.

Resulta especialmente interesante el esquema Derechas-Izquierdas que presentó el profesor Norberto Bobbio, pues en este se pone de manifiesto que las primeras son proclives a privilegiar la libertad, mientras que las segundas a la igualdad; adicionalmente, él explica que el autoritarismo es típico de las extremas derechas e izquierdas, por lo que se puede concluir que solo en el marco de ideologías de derecha e izquierda no extremas, y de las de centro, es posible realizar los derechos fundamentales y hacerlo con mayor universalidad. Aunque en todo caso se debe tener presente que el cumplimiento aislado de algunos derechos fundamentales, ha demostrado ser políticamente redituable, sin importar la ideología de la que se hable.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **2. CONCEPTO Y FUNDAMENTALIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES**

#### **2.1. INTRODUCCIÓN**

En el anterior capítulo se trató el tema de la fundamentación de los derechos fundamentales, ahora compete hablar de su concepto, con el objetivo de continuar la argumentación a favor de la fundamentalidad de los derechos sociales. Parecería obvio que se trata simplemente de una categoría más de aquellos, pero como se verá en las siguientes páginas, aún persiste confusión sobre su fundamentalidad y posturas, especialmente políticas, que niegan que esto sea así.

Se iniciará el estudio propuesto en el capítulo a partir del acercamiento a las diferentes estrategias de definición de conceptos, para propender por una construcción de la expresión *derechos fundamentales* que permita entender adecuadamente las clases que los constituyen, y de esta forma, analizar las similitudes y diferencias —si es que las hay—, entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales.

Para lograr tal objetivo es necesario detenerse a estudiar los debates más relevantes sobre la fundamentalidad o no de los derechos sociales, que en este trabajo se han condensado en las siguientes cuatro razones: su vaguedad y contenido indeterminado, su contenido prestacional, la no justiciabilidad y su supuesta colisión con los derechos fundamentales clásicos. Luego de analizar dichos argumentos, se mostrarán sus puntos erróneos y se finalizará el correspondiente acápite con la conclusión de que los derechos sociales son derechos fundamentales.

Una vez abordado este asunto, corresponde hablar de un tema sin el cual no se puede entender la mayor dificultad por la cual ha sido tan difícil conseguir la realización de los derechos sociales, la diferencia entre los conceptos *derechos* y *garantías*. Si bien las garantías no son figuras completamente nuevas en el Derecho, pues existen como institución prácticamente desde el derecho romano, es solo hasta hace poco tiempo, y gracias al trabajo de Luigi Ferrajoli, que se ha cambiado la forma en que se le entiende.

Era usual confundir estas figuras jurídicas y definir a los derechos como la garantía de algo, pero desde que el autor italiano empezara a construir su teoría

axiomatizada del Derecho y a hablar de garantismo, se tomó conciencia de la confusión y de sus efectos para la teoría del Derecho y la práctica jurídica. Se estudiará entonces su concepto y tipologías para entender de mejor forma la mayor dificultad jurídica para realizar los derechos sociales.

Este trabajo se enmarca principalmente en situaciones del mundo iberoamericano, por lo que sería injusto dejar de lado el trabajo del profesor Gregorio Peces-Barba, quien también hiciera hincapié en esta diferencia desde la década de los años 90 del siglo XX. Para cerrar este tópico corresponde incluir el trabajo de Gerardo Pisarello, quien también se ha ocupado del tema de manera pormenorizada.

Una vez revisado este punto se dedicarán varias páginas al estudio del papel de los poderes públicos con relación a la realización de los derechos sociales. Esto a la luz de lo que las constituciones contemporáneas indican, pues de hecho, parte de las reticencias a cumplirlos se pueden ubicar en el mantenimiento del pensamiento decimonónico en el Derecho, por decir lo menos de lo vetusto de varios argumentos en contra.

Habiendo hecho el recorrido indicado, corresponderá finalizar este capítulo con el análisis de la relación antagónica entre dos categorías de garantías, las políticas y las sociales. Se estudiarán entonces los encuentros y desencuentros entre estas, que en lo sustancial pueden describirse como de tipo ideológico y burocrático, pues la mayoría de veces la lógica del Estado y las políticas públicas se han visto secuestradas en el accionar tecnócrata, mientras que la democracia –cuando menos la sustancial– queda desplazada a un segundo plano, postergada indefinidamente.

## **2.2. SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

Para iniciar este acápite es importante reiterar la advertencia hecha en la introducción general, en el sentido de que en el presente texto no se utiliza el término *derechos humanos* por razones de precisión conceptual, aunque de manera excepcional se usará dicha expresión cuando se requiere aludir a los derechos fundamentales en ámbitos internacionales, regionales o comunitarios (derecho internacional de los derechos humanos), pues permite diferenciar con mayor claridad las normas en que se encuentran positivizados, sus garantías y los organismos competentes para conocer de sus violaciones. Se mencionó también que se utilizará la expresión *derechos fundamentales*, por ser la más exacta en ámbitos científicos y técnico-jurídicos para

referirse a la regulación de las dimensiones principales de la vida humana.

En el primer capítulo se utilizó un concepto apriorístico de la expresión *derechos fundamentales* que permitiera abordar el tema de su fundamentación, esto de acuerdo con la indicación metodológica dada por Nino,<sup>469</sup> en el sentido de que para llegar a una elucidación conceptual, se requiere un proceso de ajustes mutuos entre ésta y la elaboración de la teoría en cuyo marco opera el concepto.

Para él, el proceso inicia con una caracterización provisoria de la noción que se estudia, a partir de rasgos apriorísticos, para así empezar a construir la teoría sustantiva e identificar fenómenos o situaciones que pueden ser abarcados por dicha noción. Consecuentemente la construcción de la teoría llevará al perfilamiento del concepto, por ejemplo con la inclusión de propiedades teóricamente relevantes que pasaron inadvertidas en un principio, o con la exclusión de rasgos que no eran en verdad significativos.

Así, en el primer acápite se tuvo en cuenta que los derechos fundamentales eran identificables por dos rasgos: la traducción de valores y principios fundamentales de la vida humana al lenguaje jurídico, y por encontrarse en los más altos escalones de un ordenamiento jurídico. Corresponde entonces, siguiendo las indicaciones de Nino, profundizar en dichos rasgos para evidenciar su relevancia teórica y completar así el proceso de conceptualización.

Para llegar a una definición satisfactoria del concepto *derechos fundamentales* es importante recordar la advertencia hecha por el profesor Pérez Luño,<sup>470</sup> al hablar sobre la delimitación del concepto de derechos humanos, y que es perfectamente replicable para el concepto bajo análisis. Él indica que a la hora de definir qué son los derechos humanos existen dos posibles estrategias: la aproximación ostensiva y el análisis lógico. La primera hace referencia a la exhibición o apelación a objetos que hacen parte de una categoría, en este caso por ejemplo, la Declaración Universal de 1948, los convenios

---

<sup>469</sup> Carlos Santiago NINO, *Ética y derechos humanos*, Op. Cit., p. 13.

<sup>470</sup> Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, “Concepto y concepción de los derechos humanos”, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 4, Alicante, Universidad de Alicante, 1987, p. 47-66. En este artículo también realiza una diferenciación (basándose en Dworkin) entre *concepto* y *concepción* de los derechos humanos, entendiendo por el primero el significado teórico y general de un término, y por la segunda, la forma de llevar a la práctica un concepto (p. 47). Sobre concepto y concepción ver también Luis PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 89-93. Él plantea que es más útil hablar de una concepción de derechos que de un concepto mismo, pues dependiendo de diferentes concepciones históricas estos estarán dados de una u otra forma, y ello permitirá acceder de una manera menos *misteriosa* y *categorica* a un concepto jurídico de derechos humanos.



regionales de derechos humanos, etc.

La segunda estrategia de delimitación busca establecer la comprensión, intención o connotación del término a partir de sus notas constitutivas, y se lleva a cabo a través de las *definiciones nominales*, que según explica el profesor Pérez Luño, se dirigen a elucidar el significado de los términos en función de su uso en el lenguaje.<sup>471</sup> De esta forma, se encuentran a la vez tres tipos de definiciones nominales: las estipulativas, las lexicales y las explicativas.

Las definiciones estipulativas son las convenciones sobre usos futuros de un término en un determinado contexto y con independencia de su incidencia empírica; las lexicales pretenden dar cuenta de todos los significados de una palabra a partir de todos sus usos lingüísticos. El profesor Pérez Luño indica que estos dos tipos de definiciones adolecen de dificultades, pues mientras las primeras pueden ser arbitrarias por prescindir por completo de la experiencia empírica, las segundas por el contrario pueden recogerla al punto de hacer inviable su utilización, dada la multiplicidad de usos lingüísticos que pueden tener ciertas palabras.<sup>472</sup> Por esta razón propone usar las definiciones explicativas, que tienen en cuenta los usos empíricos del lenguaje, y buscan establecer cómo debe ser utilizado un término en un determinado contexto, para hacerlo preciso y darle sentido lógico.

Lo anterior permite arribar a una primera conclusión, pues para delimitar adecuadamente un concepto de derechos fundamentales en el presente texto se evitará hacerlo a través de una aproximación ostensiva y de las definiciones estipulativas y lexicales, pues el resultado podría ser arbitrario, o inabarcable, desviándonos del objetivo de investigación propuesto. Se recurrirá entonces al uso de una definición explicativa.

Pero el único escollo para una delimitación del concepto de derechos fundamentales no se encuentra en las estrategias, también se debe tener presente que el contenido puede ser problemático. Advertía Norberto Bobbio que la expresión derechos humanos es muy vaga y los intentos de definición han resultado en tautologías, en enunciados sobre el *status* de estos derechos y no sobre su contenido o, cuando se intenta un abordaje sustancial, en la introducción de términos de valor, que serán

---

<sup>471</sup> Íd. p. 48.

<sup>472</sup> Íd. p. 49.

interpretados en clave ideológica por su intérprete.<sup>473</sup>

Visto lo anterior es posible concluir una segunda regla a la hora de delimitar el concepto de derechos fundamentales. Se debe intentar ofrecer un concepto que no eluda la definición terminológica y que no se quede solo en los rasgos definitorios, de fondo o de forma. Para que ello no resulte en una misión imposible, se debe tener presente que en el caso específico de los derechos fundamentales el sustrato filosófico es consustancial al concepto mismo, y es entonces imposible desligarle de su contenido ideológico. Una vez enunciadas unas precisiones metodológicas iniciales, es posible aventurarse en la empresa de conceptualización, analizando los aportes de varios autores, pero sin incurrir en los fallos metodológicos advertidos.

Para encontrar un concepto de la expresión bajo estudio, Luis Prieto<sup>474</sup> empieza su ejercicio de análisis a partir del caso español, indicando que no se puede acudir al texto constitucional en busca de respuestas a la denominación derechos fundamentales, pues este es impreciso y elusivo a la hora de indicar qué son o, cuando menos, enlistar cuáles son. Acude entonces, en un primer momento, a un criterio formal para explicar cuáles son y no entrar en el terreno de la moral, para ello recurre al rasgo de su *supremacía o carácter absoluto*, que en su criterio es el que: permite identificarlos, ha sido subrayado por todos los modelos teóricos y se ha mantenido durante siglos. El carácter absoluto se refleja en que los derechos fundamentales limitan todo poder.<sup>475</sup>

Ahora bien, cuando Luis Prieto continúa con su análisis y toca el tema de las limitaciones de los derechos fundamentales, se ve obligado a matizar su respuesta inicial, pues reconoce que estos –en cualquier texto jurídico positivo que se encuentren– no son realmente tan absolutos.<sup>476</sup> Prieto reconduce entonces el asunto no a que el sistema español no reconozca un verdadero sistema de derechos fundamentales, sino a que los atributos de universalidad y de supremacía o carácter absoluto son propuestas de

---

<sup>473</sup> Norberto BOBBIO, “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, Op. Cit., p. 55 y 56. En el mismo sentido Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Op. Cit., p. 27. Pérez Luño denomina estas definiciones: tautológicas, formales, y teleológicas.

<sup>474</sup> Luis PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 75-93.

<sup>475</sup> Íd. p. 83. Luis Prieto no relaciona los rasgos de universalidad y carácter absoluto de los derechos fundamentales entre sí, de hecho, no encuentra que la característica de *universalidad* sea un rasgo que permita identificarlos.

Sobre el tema de la universalidad de los derechos fundamentales, se remite a lo expresado en el primer capítulo del presente trabajo y a las fuentes allí citadas.

<sup>476</sup> Íd. p. 85.

la realidad (prescriptivos) y no descripciones de la misma.<sup>477</sup>

Su propuesta no se centra entonces en reconocer la fundamentalidad de los derechos a partir de la universalidad, carácter absoluto, inalienabilidad, ni como límite negativo a la acción del Estado, sino en ser menos ambiciosos y reconocerlos a partir de una perspectiva histórica y funcional, es decir, de si las instituciones de un sistema concretan o no las exigencias morales derivadas de la dignidad, la libertad y la igualdad.<sup>478</sup>

Como se observa, Luis Prieto se acerca al concepto de derechos fundamentales a través de una definición explicativa y no de una ostensiva, resaltando que los usuales rasgos identificativos de universalidad y supremacía no son suficientes para dar una definición conceptual. Agrega, con un sentido pragmático, que es más adecuado identificar los derechos fundamentales a partir de si la institucionalidad reconoce o no unas demandas éticas necesarias para la vida humana, en determinado momento histórico.

Otro autor que ha abordado el tema es Luigi Ferrajoli,<sup>479</sup> quien se remite a las características formales para definir los derechos fundamentales. Este autor reconoce cuando menos tres sentidos en la expresión. En primer lugar, serán aquellos “adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables.”<sup>480</sup>

Segundo, será fundamental aquel derecho que se establezca como tal en una constitución o instrumento internacional.<sup>481</sup> En este caso puede ser fundamental cualquier derecho que determine un poder constituyente o el acuerdo de la comunidad de naciones, por lo que no resulta extraño que países como Estados Unidos hayan establecido como derecho fundamental el porte de armas.<sup>482</sup>

---

<sup>477</sup> Íd. p. 87.

<sup>478</sup> Íd. p. 88 y 89. Incluso llega a plantear que es más útil hablar de una concepción de derechos que de un concepto mismo, pues dependiendo de diferentes concepciones históricas, los derechos estarán dados de una u otra forma, y ello permitirá acceder de una manera menos *misteriosa* y *categorica* a un concepto jurídico de derechos humanos. (p. 89-93).

<sup>479</sup> Luigi FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia, Tomo 1, Teoría del Derecho*; traducción de Perfecto Andrés Ibáñez (et al.), Trotta, Madrid, 2011, p. 684-729; también y del mismo autor *Democracia y Garantismo*, Trotta, Madrid, 2008 y *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini*, Trotta, Madrid, 2001.

<sup>480</sup> Luigi FERRAJOLI, *Democracia y Garantismo*, Op. Cit., p. 42.

<sup>481</sup> Íd., p. 42 y 43

<sup>482</sup> Este es uno de los puntos álgidos de la teoría de Luigi Ferrajoli, pues su obra se caracteriza por intentar la neutralidad axiológica, pero a la larga reconoce que los derechos fundamentales deben reunir unas condiciones morales para ser aceptables, y al establecer que también prima el criterio de positivización

En tercer lugar indica una definición formal de los derechos fundamentales, como la *ley del más débil*: “Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil, como alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: en primer lugar el derecho a la vida, contra la ley de quien es más fuerte físicamente; en segundo lugar los derechos de inmunidad y de libertad, contra el arbitrio de quien es más fuerte políticamente; en tercer lugar los derechos sociales, que son derechos a la supervivencia contra la ley de quien es más fuerte social y económicamente.”<sup>483</sup>

Vale la pena ahondar en el primer sentido descrito. Teniendo presente que Ferrajoli<sup>484</sup> intenta construir una teoría axiomatizada del Derecho, y por ende aséptica de contenidos morales a la hora de definir los derechos fundamentales, no extraña entonces que se limite a señalar rasgos formales y estructurales que permitan identificar “aquellas expectativas y aquellos intereses que el derecho positivo reconoce y establece como fundamentales”.<sup>485</sup>

El autor tiene en cuenta entonces dos rasgos de identificación: la universalidad y el estatus personal.<sup>486</sup> El carácter universal lo entiende en sentido lógico y avalorativo, es decir, de cualificación de una clase, de cualquier modo determinada, de los sujetos que son titulares; mientras que la referencia a los estatus personales la traduce en tres de estos que considera relevantes para el goce de derechos: a. Persona, b. Ciudadano, c. Capaz de obrar.

Para Ferrajoli esta diferenciación solo es importante en términos explicativos, pues reconoce que hoy solo se mantienen como únicas diferencias de estatus, y que limitan el goce de ciertos derechos, la ciudadanía y la capacidad de obrar, indicando expresamente que la primera sería salvable, mientras que la segunda no.<sup>487</sup>

Del peso de los estatus personales y del rol que ejerce la capacidad de los sujetos

---

admite que cualquier asunto podría llegar a ser considerado como un derecho fundamental, como ocurre con el ejemplo citado del porte de armas en Estados Unidos. Para ampliar la revisión crítica de este aspecto de las tesis de Ferrajoli ver entre otros: Francisco Javier ANSUÁTEGUI, “Los derechos fundamentales en Principia Iuris (o los límites de la teoría del Derecho)”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° XXIX, Ministerio de Justicia/ BOE/ Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 2013, p. 35-55; Francisco Javier ANSUÁTEGUI, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, IDHBC/ Dykinson, Madrid, 2013, p. 197-214.

<sup>483</sup> Luigi FERRAJOLI, *Democracia y Garantismo*, Op. Cit., p. 44. Sea dicho que el autor tiene una obra completa sobre este tema: *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2006.

<sup>484</sup> Luigi FERRAJOLI, *Principia iuris. Tomo I*, Op. Cit., p. 684 - 729. Se debe indicar que esta voluminosa obra, en 3 tomos, reúne hasta el día de hoy el pensamiento del autor.

<sup>485</sup> Íd. p. 685.

<sup>486</sup> Íd. p. 686.

<sup>487</sup> Íd. p. 691 y 699.

en el ejercicio de derechos, él deduce dos criterios clasificatorios: 1) derechos de la persona y derechos del ciudadano; 2) derechos primarios, sustanciales o finales [personas naturales o ciudadanos] y derechos secundarios, formales o instrumentales o de autodeterminación [personas naturales o ciudadanos, con capacidad de obrar]. Finalmente, como resultado del entrecruzamiento de criterios, Ferrajoli identifica cuatro grupos de derechos fundamentales: derechos humanos, derechos públicos, derechos civiles, y derechos políticos. Este entrecruzamiento se observa mejor en el siguiente esquema:

Tabla 4  
Clasificación de derechos según Ferrajoli

Derechos fundamentales (DFO)	Derechos de la persona (DDP) (persona natural)	Derechos del ciudadano (DDC) (ciudadano)
Derechos primarios (DPR) o sustanciales (capacidad jurídica)	<b>Derechos humanos (DUM)</b>	<b>Derechos públicos (DPU)</b>
Derechos secundarios (DSE) o instrumentales (capacidad de obrar)	<b>Derechos civiles (DCI)</b>	<b>Derechos políticos (DPL)</b>

Fuente: Ferrajoli<sup>488</sup>

De esta forma, identifica que los derechos humanos serán los que pertenecen a todas las personas naturales simplemente en cuanto tales;<sup>489</sup> los derechos públicos los que pertenecen a todas las personas naturales en cuanto ciudadanos; mientras que los derechos civiles serán *derechos-potestad*<sup>490</sup> que pertenecen a todas las personas naturales en cuanto dotadas de capacidad de obrar, y los derechos políticos: *derechos-potestad* que corresponden sólo a los ciudadanos dotados de capacidad de obrar.

Visto lo anterior cobra mayor sentido que el autor defina los derechos fundamentales como aquellos que: “corresponden universalmente a «todos» en cuanto

<sup>488</sup> Íd., p. 698.

<sup>489</sup> Íd., p. 686. Este pequeño grupo núcleo de derechos, indica Ferrajoli, corresponde indistintamente a todos los seres humanos e incluye el derecho a la vida, libertades fundamentales, *habeas corpus*, y demás garantías penales y procesales.

<sup>490</sup> Íd. p. 692. Para Ferrajoli los *derechos-potestad* son aquellos que consisten en el poder de realizar actos preceptivos, y que pertenecen solamente a todas las personas o ciudadanos que, en cuanto dotados de capacidad de obrar, se hallan en condiciones de realizar tales actos. Debido a que son derechos de autonomía (privada y política), y a que los actos preceptivos pueden producir efectos incluso en la esfera de los demás, se exige la capacidad de obrar de sus titulares.

‘personas naturales’, en cuanto ‘ciudadanos’, en cuanto personas naturales ‘capaces de obrar’ o en cuanto ‘ciudadanos capaces de obrar’.”<sup>491</sup>

Para Ferrajoli los derechos fundamentales además de ser universales, es decir, pertenecientes a todos en condiciones de igualdad,<sup>492</sup> son derechos subjetivos, o sea, intereses jurídicamente protegidos en forma de expectativas positivas o negativas pertenecientes sólo a las personas naturales.<sup>493</sup> Este punto es especialmente relevante en la teoría del autor, pues de allí parte la diferenciación que hace entre derechos y garantías.

En sus palabras, garantía es: “la obligación o prohibición correspondiente a las expectativas positivas y negativas”<sup>494</sup>. Además “Las garantías jurídicas [son] situaciones activas (de obligación o prohibición) diseñadas para la tutela de las situaciones pasivas (de expectativa positiva o negativa)”<sup>495</sup>. También son para el autor: “las obligaciones y prohibiciones correspondientes a los derechos subjetivos, respectivamente positivos y negativos (...), como la obligación de anulación correlativa a la expectativa de anulabilidad de los actos inválidos (...) y la de condena correlativa a la expectativa de la responsabilidad por actos ilícitos”<sup>496</sup>.

Diferencia así las garantías primarias y secundarias: “Llamaré ‘*garantías primarias*’, de ‘*primer grado*’ o ‘*sustanciales*’ a las (...) dirigidas precisamente a realizar una efectividad de los derechos garantizados que es también primaria, sustancial o de primer grado; y ‘*garantías secundarias*’, de ‘*segundo grado*’, ‘*instrumentales*’, ‘*procesales*’ o ‘*jurisdiccionales*’ a las (...) orientadas a asegurar al menos una efectividad secundaria, jurisdiccional o de segundo grado a través de la anulabilidad o de

---

<sup>491</sup> Íd. p. 686.

<sup>492</sup> Íd. p. 688. Ferrajoli diferencia la igualdad en sentido lógico –no axiológico– en absoluta y relativa así: “Asumiendo como objeto de la igualdad la clase de los seres humanos, hablaremos por tanto de igualdad jurídica absoluta sólo para referirnos a los (contenidos de los) derechos asociados al estatus de persona natural, independientemente de la condición de ciudadano o de capaz de obrar (T.11.10), y de igualdad relativa en referencia a los (contenidos de los) derechos asociados en cambio a la ciudadanía y/o a la capacidad de obrar”.

<sup>493</sup> Íd. p. 687.

<sup>494</sup> Íd. p. 630.

<sup>495</sup> Ibid.

<sup>496</sup> Ibid. Debo agregar que no estoy de acuerdo con el autor respecto al tema de los derechos subjetivos positivos y negativos, pues los derechos fundamentales están compuestos tanto de prestaciones positivas como de abstenciones, sostener lo contrario es lo que ha perpetuado la diferenciación falaz entre derechos civiles y políticos y derechos sociales en razón de un contenido prestacional o de abstención, pero más adelante ahondaré en este tema.

la responsabilidad por los actos cometidos en violación de las primeras.”<sup>497</sup>

Más adelante se ahondará en el tema de las garantías, pero por lo pronto es relevante indicar, que a la hora de esbozar un concepto de los derechos fundamentales no se les debe confundir con sus garantías, pues es usual definirlos como las *garantías* de protección de bienes jurídicos relevantes. Esto permite entonces identificar un rasgo definitorio más que debe ser tenido en cuenta a la hora de tratar el concepto bajo estudio.

Teniendo presente que la definición de derechos fundamentales que da Ferrajoli es del tipo estipulativo, y por ende ajustada para funcionar dentro de una teoría determinada, se debe tener cierta cautela a la hora de utilizarla. Si bien su teoría permite acercarse de manera organizada al tema e identificar las facetas básicas de la vida humana en que se desarrollan estos derechos, su excesiva asepsia en cuanto a los contenidos morales resultará problemática, pues los derechos fundamentales no son unidimensionales, sostener lo contrario conduce a los reduccionismos iusnaturalista y positivista.

Al respecto resulta pertinente el análisis del profesor Ansuátegui cuando analiza el contexto de la obra de Ferrajoli y sostiene: “la definición de derechos fundamentales propuesta por Ferrajoli, aun adquiriendo pleno sentido en el marco de su teoría y siendo respetuosa con las exigencias de la misma, no alcanzaría completamente las finalidades explicativas a la hora de explicar qué son los derechos fundamentales debido precisamente a su condición descontextualizada y a su carácter formal.”<sup>498</sup> De acuerdo con estas palabras, se deben asumir los aportes del profesor italiano de manera crítica, para evitar arribar a definiciones que dejen de lado uno de los caracteres más importantes de los derechos fundamentales, esto es, su contenido moral.

Cuando se habla de derechos fundamentales se requiere tener en cuenta que el Derecho no es axiológicamente neutro, pues contiene necesariamente un punto de vista sobre la justicia y además busca regular conductas, lo que supone partir de la diferenciación básica entre lo bueno y lo malo. El Derecho entonces tiene cuando menos un contenido moral mínimo.<sup>499</sup>

Por otra parte, continúa explicando el profesor Ansuátegui, renunciar a la

---

<sup>497</sup> Íd. p. 631.

<sup>498</sup> Francisco Javier ANSUÁTEGUI, “Los derechos fundamentales en *Principia Iuris* (o los límites de la teoría del Derecho)”, Op. Cit. p. 44.

<sup>499</sup> Íd. p. 49.

dimensión sustancial a la hora de definirlos conlleva dos situaciones problemáticas: puede acarrear dificultades a la hora de justificar las razones de la esfera de lo indecible, y puede permitir la inclusión teórica de contenidos irrelevantes como derechos fundamentales, en sus palabras “incluir contenidos que difícilmente tienen que ver con una determinada filosofía moral y política, que es la de los derechos entendidos como exigencia de la dignidad humana.”<sup>500</sup>

Como se observa, pese a que Ferrajoli sostiene que se trata de una aproximación axiológicamente neutra, es necesario dotar de algún contenido moral la definición de derechos fundamentales, por esta razón puede resultar preferible adoptar los elementos de la definición de la teoría ferrajoliana anterior a *Principia Iuris*, cuando llamaba a entenderlos como la ley del más débil, es decir, como los límites jurídicos al poder físico, político, económico y social, que hacen posibles las relaciones de una sociedad en un espacio pacífico de convivencia.

Esta definición aunque no es completa, sí permite identificar con claridad el papel de los derechos sociales en una sociedad democrática, pues no solo se requiere la interdicción de la arbitrariedad, privada y pública, en el terreno político, también es necesaria en el terreno de las relaciones sociales, aún hoy en día tan injustas y excluyentes, y esta tarea corresponde al Estado, como se verá más adelante.

El concepto de derechos fundamentales entonces se puede completar si se tiene en cuenta que no es adecuado adoptar un modelo unidimensional para tal fin, so pena de caer en definiciones ostensivas, lexicales y estipulativas, ni en construir contenidos tautológicos, excesivamente formalistas, ni completamente teleológicos.

Por esta razón el profesor Gregorio Peces-Barba enfatizaba la importancia de superar el escollo de determinación del concepto *derechos fundamentales* a partir de modelos unilaterales e incompletos, tales como el iusnaturalismo y el positivismo voluntarista, pues no explican satisfactoriamente un fenómeno jurídico complejo. Por tal razón, defendía una *visión integral* de los derechos fundamentales, explicándolos a través de un modelo *dualista*, en el que se evidencian tanto los valores como la juridificación de los mismos.<sup>501</sup>

---

<sup>500</sup> Íd. p. 51.

<sup>501</sup> Gregorio PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, Op. Cit. p. 39-58 y 101-112. Ver también del mismo autor “Notas sobre el concepto de derechos fundamentales”, en *Libertad, poder, socialismo*, Civitas, Madrid, 1978, p. 193-218.



En sus palabras: “los derechos fundamentales no son Derecho, sí son sólo valores, sin incorporar al Derecho positivo como pretenden los iusnaturalistas, ni es tampoco derecho fundamental cualquier Derecho válido, sea cual sea su contenido, como pretenden los positivistas voluntaristas.”<sup>502</sup> La concepción dualista sostiene entonces que es tan importante la realidad de los valores de los derechos fundamentales, como su inserción en normas jurídicas. De esta manera se pone en perspectiva que los derechos fundamentales existen para activar en el mundo jurídico mecanismos que harán posible proteger la dignidad del ser humano y crear condiciones sociales que hagan posible su libertad.<sup>503</sup>

Indicaba también el profesor Peces-Barba: “Una concepción integral de los derechos se fundamenta en la reflexión racional en la historia, que nos aporta la moralidad de la libertad, de la igualdad, de la solidaridad y de la seguridad como moralidad pública, que hace posible la moralidad de cada uno (moralidad privada). Esta concepción se realiza a través de un poder que asuma esa moralidad y la convierte en eficaz, a través de su Derecho positivo.”<sup>504</sup>

Para ello, explicaba el profesor, en el concepto de los derechos se debe distinguir tres momentos inseparables e imprescindibles: (1) una pretensión moral justificada, (2) un subsistema dentro del sistema jurídico y (3) una realidad social que favorezca y haga posible su eficacia. El primer momento está referido exclusivamente al contenido de valores fundantes, por ello ha de tratarse de pretensiones generalizables, con contenido igualitario e idóneas para llegar a ser derecho positivo. En este punto juega un rol muy importante la concepción histórica, tal y como se presentó en el primer capítulo.

El segundo momento se refiere a la positivización misma, es decir, a que la pretensión moral sea incorporada a un sistema jurídico, pero lo sea de conformidad con las reglas que regulan la creación, interpretación y aplicación del Derecho de dicho sistema.<sup>505</sup> Adicionalmente, este momento implica el establecer los titulares de los derechos, las obligaciones correlativas y los obligados a satisfacer la pretensión moral, entre otros.

---

<sup>502</sup> Gregorio PECES-BARBA, “Notas sobre el concepto de derechos fundamentales”, Op. Cit. p. 203.

<sup>503</sup> Íd. p. 195

<sup>504</sup> Gregorio PECES-BARBA, “Concepto y problemas actuales de los derechos humanos”, en *Derechos y Libertades*, N° 1, UC3M – IDHBC/ BOE, Madrid, 1993, p. 79.

<sup>505</sup> Ibid.

Vale la pena adelantar que es en este instante cuando actúan los prejuicios ideológicos contra ciertas pretensiones morales, y en consecuencia, se positivizan de manera incompleta aquellas relativas a los derechos sociales, y otros que no se ajustan a la lógica tradicional de cumplimiento de derechos a través de las abstenciones. Este tema se abordará más adelante cuando se hable de las garantías, por lo pronto, es relevante mencionar que cuando ocurre una positivización imperfecta, por ejemplo porque la norma no dice nada sobre el establecimiento de garantías institucionales, jurisdiccionales o de otro tipo, no estamos frente a un derecho de papel sino frente a una laguna jurídica, tal y como sostiene Luigi Ferrajoli.<sup>506</sup>

Por último, el tercer momento para el profesor Peces-Barba es el referido a la eficacia. Para él no solo son importantes el elemento moral y el jurídico, también es importante tener en cuenta todos aquellos factores económicos, sociales o culturales que favorezcan la efectividad de un derecho, además de la escasez que puede ser un motivo para imposibilitar su plenitud.<sup>507</sup>

Sobre este punto en particular remito al lector/a a las consideraciones sobre este tema que presenté en el primer capítulo, pero reitero lo dicho atrás, pues considero que la eficacia solo ha de ser aceptada si se la entiende en términos lógicos de posibilidad, no en términos sociales, económicos o culturales, pues ello implicaría quitar todo potencial emancipatorio a los derechos, y aceptarlos como herramientas a favor del *statu quo*.

Es pertinente recordar aquí las indicaciones de Francisco Laporta sobre la escasez.<sup>508</sup> Los derechos fundamentales se mueven en *contextos de escasez moderada*, esto implica que estos como parte integrante de un discurso de la justicia o lo que es lo mismo, como criterios de distribución de recursos, solo tienen sentido cuando la situación económica no es de total abundancia, pues no tendría sentido alguno repartir algo, ni de escasez absoluta, pues no habría nada que distribuir.

La cuestión de la escasez entonces no debe aceptarse como argumento a favor de la inacción. Esto además contribuye a la irresponsabilidad política, pues no es secreto

---

<sup>506</sup> Luigi FERRAJOLI, *Principia iuris. Tomo I*, Op. Cit., p. 636, entre otros textos relevantes que se abordarán en su momento.

<sup>507</sup> Gregorio PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, Op. Cit. p. 108.

<sup>508</sup> Francisco LAPORTA, “Los derechos sociales y su protección jurídica: Introducción al problema”, en Jerónimo BETEGÓN et. al. (Coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales / Ministerio de la Presidencia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2004, p. 305-306.

por ejemplo que el manejo de los presupuestos públicos responda en ocasiones más a criterios tecnocráticos o a presiones de grupos de lobby que a una verdadera racionalización del gasto público.<sup>509</sup>

Pese a los reparos que se pueden hacer en este punto en particular a la teoría del profesor Peces-Barba, sus planteamientos resultan adecuados a la hora de construir el concepto de derechos fundamentales. De esta forma, la tesis dualista es asumida también por autores como Rafael de Asís,<sup>510</sup> quien sostiene que los derechos fundamentales son instrumentos éticos relacionados con concepciones morales. Él indica que son “instrumentos de libertad que poseen todos los seres humanos en cuanto sujetos morales y que facilitan el logro de planes de vida”,<sup>511</sup> y que además son instrumentos jurídicos, pues han sido positivizados. Si a la anterior afirmación se agrega la condición de que se trate de pretensiones morales positivizadas, fundamentadas en una serie de valores universales como la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, se podrá entonces hablar de *derechos fundamentales*.

Visto lo anterior cobra sentido adherirse a una definición como la hecha por el profesor de Asís, y de acuerdo con la cual, los derechos fundamentales son “instrumentos que poseen una justificación ética, que desempeñan una función política y que se presentan como criterios de validez material de los Ordenamientos jurídicos que

---

<sup>509</sup> OXFAM Internacional, *Justicia fiscal para reducir la desigualdad en Latinoamérica y el Caribe*, Oxfam GB, Oxford, 2014. En el informe se analizan algunos factores sobre el manejo fiscal por parte de los gobiernos latinoamericanos y cómo éste termina favoreciendo a las élites y contribuye a la profundización de las brechas económicas. Sobre el sesgo de la imposición sobre el salario expresan: “Según algunas estimaciones, la suma de las tasas nominales que gravan las rentas del trabajo y de las aportaciones a la seguridad social son mayores que las tasas nominales al capital, y también las tasas efectivas de tributación del trabajo son más altas que las del capital en casi todos los (pocos) países en los que la información disponible permite hacer estos cálculos. En Brasil, Colombia, Guatemala y Venezuela los ingresos de los asalariados tienen tasas efectivas de tributación que ascienden a aproximadamente el doble de las que se aplican a las ganancias del sector empresarial” (p. 14)

Para hablar del caso de España, se puede citar el ejemplo del Programa de Incentivos al Vehículo Eficiente Plan PIVE, establecido por quinta vez por el Real Decreto 35/2014. Este consiste básicamente en subvencionar entre 1000 y 3000 euros a las personas que decidan cambiar su vehículo de más de diez años de antigüedad, para así: “potenciar una disminución del consumo energético nacional mediante la incentivación de la modernización del parque de vehículos turismo (M1) y comerciales (N1) con modelos de alta eficiencia energética, con menor consumo de combustibles y emisiones de CO<sub>2</sub>” (Art. 1º)

Si se analiza críticamente esta disposición, se debe llegar a la conclusión de que en tiempos de crisis económica la medida resulta ser un despropósito, pues aunque loable, no prioriza el gasto social en la distribución del presupuesto. Es paradójico entonces que la Nación tenga dinero para subvencionar al sector automotriz y energético, pero las Comunidades Autónomas hagan recortes a los sectores sanitario y educativo. Sobre el aumento a las tasas universitarias ver p.e. Real Decreto-ley 14/2012 y el Decreto 71/2012 de la Comunidad de Madrid.

<sup>510</sup> Rafael de ASÍS, Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista, Op. Cit., p. 20.

<sup>511</sup> Íd. p. 89

los reconocen.”<sup>512</sup>

La faceta jurídica pone de manifiesto que los derechos fundamentales son normas jurídicas, lo que supone, como dice el profesor Francisco Javier Ansuátegui, que “solo se puede hablar de derechos, *en el marco de la técnica jurídica*, cuando nos referimos a ciertas realidades juridificadas. Es decir, los derechos son instituciones jurídicas.”<sup>513</sup> Los derechos fundamentales existirán entonces cuando han ingresado a un sistema jurídico como normas que satisfacen los criterios de validez formal y material del mismo.

No se debe perder de vista, que los derechos fundamentales a la vez serán los elementos de legitimación de otros elementos del sistema, pues son el subsistema que permite identificar la validez material de las demás normas jurídicas.<sup>514</sup> Esta definición es de tipo sustancial, y tiene en cuenta los contenidos que serán aceptables como derechos fundamentales, y en adición, tiene presente que se debe tratar no únicamente de pretensiones morales, sino que estas deben haber sido positivizadas en el sistema jurídico respectivo.

No se puede entonces compartir plenamente la postura de autores como Eusebio Fernández,<sup>515</sup> quien alude a *derechos humanos fundamentales* como categoría que reúne ambas clases de derecho (natural y positivo), y los define como un conjunto de valores y normas morales y jurídicas, la plasmación de un ideal moral común a la humanidad, como un conjunto de reclamaciones de la conciencia mundial contemporánea o como la ética de nuestro tiempo, que incluyen varias cosas a la vez: responden a necesidades humanas esenciales que se traducen en exigencias morales y pretenden ser reconocidas y garantizadas por el Derecho, generando deber. Pese a que el autor tiene razón en cuanto a la faceta moral, descuida la jurídica, y plantea la cuestión solo en términos de *pretensión* de positivización, no como realidad jurídica.

Visto lo anterior, y respetando las indicaciones metodológicas presentadas al inicio del acápite, es posible aventurarse a concluir esta parte construyendo un concepto de derechos fundamentales, como normas jurídicas que ingresan a un ordenamiento

---

<sup>512</sup> Rafael de ASÍS, “Sobre la interpretación de los derechos sociales”, en Ribotta, Silvina y Rossetti, Andrés (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la Justicia*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 66.

<sup>513</sup> Francisco Javier ANSUÁTEGUI, *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas Nº2, Dykinson, Madrid, 1997, p. 2-3.

<sup>514</sup> Íd., p. 4. También ver Gregorio PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, Op. Cit. p. 109 y 110.

<sup>515</sup> Eusebio FERNÁNDEZ, “Concepto de derechos humanos y problemas actuales”, en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Nº 1, año 1, 1993, p. 46.

jurídico, por lo general a través de normas de rango constitucional, unos valores que pertenecen a una moralidad previa, ampliamente compartida por los miembros de una sociedad, y que hacen posible la convivencia pacífica, la protección del ser humano y el desarrollo de sus planes de vida; se debe tener presente que se trata de una moralidad dinámica, que responde a los cambios sociales y culturales de acuerdo con el paso del tiempo, y que los derechos fundamentales además tienen funciones programática y de emancipación.

Para finalizar, solo resta recordar que para los tiempos actuales el consenso se encuentra alrededor de los valores de dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad, que son interdependientes y deben interpretarse teniendo presentes las necesidades humanas, tal y como se expuso en el primer capítulo. Así, se espera haber cumplido satisfactoriamente con la tarea de construir un concepto de derechos fundamentales a partir de una definición explicativa.

### **2.3. CONCEPTO DE DERECHOS SOCIALES. LA DISCUSIÓN EN TORNO A SU FUNDAMENTALIDAD**

Se han dedicado varias páginas al fundamento y el concepto de los derechos fundamentales, para demostrar la premisa de que los derechos sociales son verdaderos derechos fundamentales y por tal razón no difieren en lo esencial de los derechos civiles y políticos, compete ahora revisar algunos de los caracteres accidentales que permitirían diferenciarlos, para así entender de dónde parten los equívocos y prejuicios contra ellos, y desmontarlos racionalmente. Para tal fin, el presente acápite se dividirá en dos partes, la primera se enfocará en revisar algunas connotaciones históricas y conceptos de derechos sociales dados por varios autores, y la segunda en explorar los argumentos que componen la discusión en torno a la fundamentalidad o no de estos derechos.

En la introducción general al presente trabajo se presentaron apuntes históricos sobre los derechos sociales, y se pudo observar que tanto los derechos sociales como los civiles y políticos nacieron en el siglo XVIII con la Revolución Francesa, pero que los primeros solo obtuvieron la atención necesaria para consolidarse hasta un siglo después. No en vano la afirmación de Ricardo García Manrique: “Como los niños, los derechos sociales vienen de París, en su caso del París revolucionario de finales del siglo

XVIII.”<sup>516</sup>

Esta atención, explican Abramovich y Courtis, provino principalmente de los movimientos obreros del siglo XIX, en respuesta a las desigualdades causadas por la traslación de la forma de regulación traída por el derecho civil clásico, de corte liberal, a las relaciones laborales.<sup>517</sup> Los grupos débiles, como por ejemplo los trabajadores, requerían la intervención del Estado para equilibrar jurídicamente las situaciones de poder y dar cumplimiento a la igualdad material, y ello solo era posible: “a partir del intento de garantizar estándares de vida mínimos, mejores oportunidades a grupos sociales postergados, compensar las diferencias de poder entre particulares y excluir bienes del libre juego del mercado”.<sup>518</sup>

Para Víctor Abramovich y Christian Courtis los derechos sociales nacen en el seno de un nuevo Derecho, el Derecho social, que se caracteriza por 3 rasgos: ser de grupos y no de individuos, relacionarse con las desigualdades y estar ligado a una sociología específica<sup>519</sup>. El primer rasgo supone que:

“el individuo goza de unos beneficios en la medida de su pertenencia a un grupo social, es decir, se trata de un derecho del individuo situado o calificado grupalmente. Así, las normas distinguen según se trate de trabajadores o empleadores, consumidores o productores, personas con discapacidad o sin discapacidad, trabajadores activos o pasivos, varones y mujeres, empleados y desempleados, indígenas y no indígenas, etcétera.”<sup>520</sup>

El segundo rasgo nos dice que se trata de un Derecho “que pretende constituirse en instrumento de equiparación, igualdad o compensación.”<sup>521</sup> Por último, el tercer rasgo está “ligado a una sociología orientada a señalar cuáles son las relaciones sociales pertinentes, qué relaciones ligan a los distintos grupos sociales, cuáles de ellos están en desventaja, cuáles son sus necesidades o aspiraciones, etc. Esta orientación reemplaza a la filosofía de igualdad abstracta que caracterizaba al Derecho civil clásico.”<sup>522 523</sup>

---

<sup>516</sup> Ricardo GARCÍA MANRIQUE, *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*, El Viejo Topo, Madrid, 2013, p. 39

<sup>517</sup> Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales en el debate democrático*, Fundación Sindical de Estudios, Bomarzo, Madrid, 2006, p. 12 a 17.

<sup>518</sup> *Íd.*, p. 17

<sup>519</sup> *Íd.*, p. 16

<sup>520</sup> *Ibid.*

<sup>521</sup> *Ibid.*

<sup>522</sup> *Ibid.*

Como se puede observar ya no es una cuestión que atañe solo al individuo, sino que lo pone en contexto social, pues ahora no se trata de un problema aislado sino de uno compartido, que requiere de la colaboración de otros seres humanos en la misma situación para superarla. Por esta razón, Abramovich y Courtis consideran que los derechos sociales “son fruto del intento de traducir en expectativas, (individuales o colectivas) respaldadas legalmente el acceso a ciertos bienes configurados en consonancia con la lógica de este modelo.”<sup>524</sup> Y estas expectativas no serán otras, que aquellas que se dirigen “a asegurar a toda persona [las] condiciones de satisfacción de

---

<sup>523</sup> Este modelo expuesto por Abramovich y Courtis presenta algunas coincidencias con la teoría que propusiera Georges Gurvitch en 1932. Georges GURVITCH, *La idea del derecho social. Noción y sistema del derecho social. Historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin de siglo XIX*, ed. y trad. de José Luis MONEREO PÉREZ y Antonio MÁRQUEZ PRIETO, Comares, Granada, 2005 [1932]. No se ahondará en el trabajo de este autor, principalmente por la indicación hecha por él mismo en cuanto a que se trata de un modelo puramente teórico: “La idea del derecho social ha sido descubierta y definida por nosotros como un objeto de teoría pura privada de toda consideración práctica.”(p. 40). Lo anterior no obsta para indicar que él fue pionero en cuanto a concebir que el Derecho también tiene una faceta colectiva, y que otros actores diferentes al Estado ejercen también un rol relevante a la hora de crear Derecho y regular sus relaciones.

Él fue testigo de primera mano del cambio en el pensamiento jurídico que se estaba gestando a inicios del siglo XX y denunciaba el anquilosamiento del Derecho: “El conservadurismo sin igual del pensamiento jurídico oficial, cuyos conceptos momificados no comienzan a ceder sino en nuestros días, bajo la influencia de brucas rupturas, por el empuje espontáneo de la vida del derecho, se manifiesta aún en un plano superior y más penetrante: el de la interpretación misma de los principios fundamentales del derecho (de los valores jurídicos), de sus premisas éticas, y por decirlo todo, de la «Justicia», que constituye el «Logos» verdadero del fenómeno jurídico.” (p. 7)

Ahora bien, su teoría se basaba más en el pluralismo jurídico y la crítica antiestatalista que en los derechos fundamentales, por lo que su aporte radica más bien en dar pistas para entender el factor colectivo de los *nuevos derechos sociales* que empezaban a consolidarse hacia los años 30 del siglo XX: “La estructura jurídica de toda una serie de nuevas instituciones o figuras del derecho: convenios colectivos de trabajo, democracia industrial, federalismo económico, parlamentarismo social, primacía del derecho internacional sobre el derecho nacional, Sociedad de Naciones y Organización Internacional del Trabajo, «socialización sin estatización», propiedad cooperativa y más generalmente «federalista», para decirlo todo, las perspectivas cada vez más nítidas de un *pluralismo de diferentes órdenes jurídicos que se limitan recíprocamente en su independencia y colaboran en pie de igualdad en la vida nacional, tanto como en la vida internacional*, este pluralismo, afirmamos, y todas las instituciones que lo configuran, no pueden ser propiamente comprendidos, y *a fortiori* contruidos de modo jurídico, sin que se recurra a la idea del derecho social.” (p. 17).

Gurvitch definía al Derecho social como: “un derecho autónomo de comunión, que integra de forma objetiva cada totalidad activa real, que encarna un valor positivo extratemporal. Este derecho se deriva directamente del «todo» en cuestión para regular su vida interior, independientemente del hecho de que este «todo» esté organizado o in-organizado. El derecho de comunión hace participar al todo de forma inmediata en la relación jurídica que emana de él, sin transformar este «todo» en un sujeto separado de sus miembros.” (p. 19).

En estricto sentido, su definición no dice mucho sobre un concepto de derecho social fundamental, pero repito, da pistas sobre otras posibilidades jurídicas para organizar la vida en comunidad. Para ampliar el punto de vista de Gurvitch ver también: Norberto BOBBIO, “Gurvitch y los derechos sociales” en *El tiempo de los derechos*, Op. Cit., p. 29-35.

<sup>524</sup> Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales en el debate democrático*, Op. Cit. p. 17.



sus necesidades básicas”.<sup>525</sup>

Estas conquistas no se lograron sin resistencia, pues la burguesía se oponía a abrir paso a los nuevos actores políticos, y de hecho, durante mucho tiempo el ejercicio de derechos civiles y políticos también fue restringido. Así, el supeditar el sufragio a la capacidad económica de algunos hombres y excluir del mismo a las mujeres, influyó en que se generaran procesos de positivización limitados cuando se trataba de derechos sociales, relegándoles la mayoría de las veces a meros enunciados programáticos.

Este fenómeno ha sido denominado por autores como Antonio Pérez Luño como la *paradoja fundamental* de los derechos sociales, y consiste en que: “[l]os textos y las jurisdicciones constitucionales suelen reputarlos como normas ‘programáticas’ o pautas informadoras de la actuación legislativa y/o de los poderes públicos. Se trata de derechos cuya tutela efectiva se reenvía al futuro, y que más que obligaciones jurídicas estrictas enuncian compromisos políticos imprecisos”<sup>526</sup>.

La *paradoja fundamental* reside en que se trata de derechos positivizados, es decir, normas positivas que satisfacen los requisitos de validez jurídica de los ordenamientos, pero con un estatus deóntico próximo al de derechos morales (en sus palabras derechos naturales o humanos), no al de los derechos fundamentales, y aunque es partidario de considerar los derechos sociales como derechos fundamentales, es enfático en la dificultad de justiciabilidad que les asiste, entre otras razones, porque se trata de derechos que no tienen un significado unívoco y que engloban categorías heterogéneas, que solamente tienen en común, su tendencia a pormenorizar las exigencias que se desprenden del principio de la igualdad<sup>527</sup>. Por ello, y para realizar la igualdad material, se requiere cambiar el paradigma de actuación del Estado, pues los derechos ya no se entienden solo como límites de la acción estatal sino también como fines de la acción del Estado.

El profesor Pérez Luño<sup>528</sup> define los derechos sociales teniendo en cuenta lo anterior, y que estos tienen como función asegurar la participación en los recursos sociales a los distintos miembros de la comunidad; así, distingue una faceta objetiva de

---

<sup>525</sup> Íd., p. 21

<sup>526</sup> Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, “La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la Filosofía del Derecho”, en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas N° 14*, enero 2006, UC3M – IDHBC / Dykinson / Fundación El Monte, Madrid, 2006, p.153.

<sup>527</sup> Íd., p. 154

<sup>528</sup> Íd., p. 156



estos derechos, indicando que son el conjunto de las normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora y moderadora de las desigualdades sociales, y una faceta subjetiva, en la que serían las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, a través de determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos.

Una perspectiva similar es la de Rodolfo Arango,<sup>529</sup> para quien también los derechos sociales son verdaderos derechos, llegando a dicha conclusión luego de enmarcarlos como derechos subjetivos, es decir, aquellos que reúnen tres características: una norma jurídica (M1), una obligación jurídica (M2) y una posición jurídica, o poder jurídico para la consecución de intereses propios reconocidos al sujeto, (M3). En el caso de la norma jurídica indica que las fuentes son las normas legales y las normas de derechos fundamentales;<sup>530</sup> con relación a la obligación jurídica, pone de manifiesto que puede ser directa indirecta, en tanto esté expresamente consagrada en el enunciado normativo o se deduzca de él.<sup>531</sup> Ahora bien, en este punto aclara que la norma que genera obligación jurídica no necesariamente genera un derecho subjetivo, siendo este el caso de normas jurídicas que imponen deberes al Estado frente a intereses generales, v. gr. normas de fomento o subvención.

Por último, en cuanto a la posición o poder jurídico, Arango aclara que la exigibilidad o facultad de demandar no es una condición necesaria para la existencia de un derecho subjetivo.<sup>532</sup> Él explica la posición jurídica teniendo en cuenta tres teorías: interés (Bentham), voluntad (Hart) y analítica de los derechos (Alexy), y se enmarca dentro de esta última para sostener que la posición jurídica debe mirarse desde tres perspectivas que permitirán entenderla: una formal (sentido lógico), una sustancial (contenido) y, una política. En sus palabras:

“Desde una perspectiva lógica, una posición es la relación deóntica (OsaG) de acuerdo con la cual el individuo (a) está en la situación de poder exigir algo (G) de un otro (s). En sentido sustancial o de contenido, una posición es la situación que ocupa un individuo dentro de un orden normativo, que debe ser reconocida y protegida *prima facie* porque dicha posición puede ser justificada con buenas razones que hablan a favor del individuo. En sentido político, una posición significa que el individuo es tomado en serio. (...)”<sup>533</sup>

---

<sup>529</sup> Rodolfo ARANGO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005, p. 9 y ss.

<sup>530</sup> Íd., p. 12

<sup>531</sup> Íd., p. 13 y 14

<sup>532</sup> Íd., p. 17

<sup>533</sup> Íd., p. 19

Adicionalmente, explica que el individuo ahora es sujeto de derechos (ciudadano) y no simple objeto del orden jurídico (súbdito o vasallo), lo que le lleva a definir un derecho subjetivo como “todas las posiciones jurídicas que se le pueden adscribir a un enunciado normativo o a una ‘red de enunciados normativos’ por medio de razones válidas.”.<sup>534</sup>

Se ha dicho mucho sobre qué son los derechos sociales pero no se ha mencionado cuáles son, por tal razón, y para finalizar esta parte, es importante contar con un listado que permita contextualizar el objeto de estudio. A efectos de dar un marco general a cualquier legislación se tomarán como referencia los artículos 22 a 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y los artículos 6 al 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (en lo sucesivo PIDESC).

Explica Jaume Saura<sup>535</sup> que a partir de estas normas del derecho internacional cabe identificar como derechos sociales a los siguientes: derecho al trabajo y derechos en el trabajo (incluyendo sindicación y huelga, y todos aquellos que permitan ejercer una ocupación en condiciones de dignidad); derecho a la seguridad social; protección y asistencia a la familia, en especial madres y menores de edad; derecho a un nivel de vida adecuado, incluyendo alimentación, agua potable y saneamiento, vestido y vivienda; derecho a la salud; derecho a la educación; y derecho a la cultura, en tanto derechos derivados de la propiedad intelectual como el derecho a disfrutarla y beneficiarse de los avances de la ciencia y la tecnología.

No se debe olvidar sin embargo que existe un vínculo estrecho entre todos los derechos fundamentales en virtud del cual estos están interrelacionados, son interdependientes e indivisibles, por lo que este listado solo cumple la función de permitir identificar con mayor claridad a los derechos cuya realización ha sido marginada, en mayor o menor medida.

Los derechos sociales nacieron para cumplir un anhelo de igualdad no cumplido durante muchos años, inclusive siglos, de ahí que se le atribuya su pertenencia a una

---

<sup>534</sup> Íd. p. 20

<sup>535</sup> Jaume SAURA ESTAPÀ, “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (Desc)”, en *Papeles el tiempo de los derechos*, N° 2, Universitat de Barcelona, Institut de Drets Humans de Catalunya, Barcelona, 2011.

nueva generación de derechos, pues constituyen la materialización de logros de luchas históricas de varios grupos y colectivos de personas. El profesor Peces-Barba indicaba que el objetivo de los derechos sociales era: “la igualdad a través de la satisfacción de necesidades básicas, sin las cuales muchas personas no podían alcanzar los niveles de humanidad necesarios para disfrutar de los derechos individuales, civiles y políticos, para participar en plenitud en la vida política y para disfrutar de sus beneficios.”<sup>536</sup>

Cuando se analizan textos de autores que se oponen a la fundamentalidad de los derechos sociales (Hayek, Guastini), o que incluso aceptándola no están aún muy convencidos de su resistencia en el terreno práctico (Böckenförde), es posible encontrar algunas coincidencias en cuanto a los argumentos que unos y otros presentan, por tal razón y a efectos de presentarlos de manera clara y sencilla, se esquematizarán en cuatro categorías: vaguedad y contenido indeterminado, contenido prestacional, no justiciabilidad, colisión con verdaderos derechos fundamentales.

### 2.3.1. Vaguedad y contenido indeterminado

Los autores que aducen que los derechos sociales no son derechos fundamentales suelen usar un argumento circular. Sostienen que dada la vaguedad con que se redacta su contenido, es imposible determinar las obligaciones necesarias para satisfacerlo, los sujetos obligados y los sujetos titulares. En consecuencia, no sería posible ejercer mecanismos jurisdiccionales en caso de violación de estos derechos, por lo que forzosamente concluyen, que los derechos sociales no son en verdad derechos fundamentales.

Uno de los autores que puede ubicarse en este grupo es Riccardo Guastini, quien indica que existen derechos de verdad y de papel, ubicando en esta última categoría a los derechos sociales. Él sostiene que los derechos, *los verdaderos*, deben indefectiblemente estar compuestos por tres condiciones:<sup>537</sup> (1) Ser susceptibles de tutela jurisdiccional, (2) poder ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado y, (3) que su contenido indique un sujeto titular y una obligación de conducta bien definidos. *Contrario sensu*, un derecho no verdadero o de papel, será aquel al que falte una de estas

---

<sup>536</sup> Gregorio PECES-BARBA, “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, en *Derechos y Libertades*, N° 6, UC3M – IDHBC/BOE, Madrid, 1998, p. 25.

<sup>537</sup> Riccardo GUASTINI, *Estudios de Teoría Constitucional*, Fontamara, México, 2001, p. 221.

condiciones.

Además, sostiene que los derechos sociales no son mandatos dirigidos a crear derechos fundamentales para las personas, sino normas programáticas o teleológicas dirigidas para *recomendar* al Legislador realizar un programa de reformas económicas o sociales, o para perseguir ciertos objetivos.<sup>538</sup> Este es un punto problemático en su teoría, pues no reconoce que las normas que contienen derechos sociales, aún siendo derecho positivo, puedan obligar al Legislador. Adicionalmente, indica que éste “no puede estar obligado a dictar leyes”<sup>539</sup> por lo que no podrían establecerse garantías jurisdiccionales para estos derechos, aún cuando su contenido estuviese definido. No me detendré en este punto, pero es importante indicar que esta afirmación no resulta muy acertada, pues desconoce el valor del Derecho positivizado, inclusive en textos constitucionales.

El caso español merece sobre este punto una breve reflexión, pues la constitucionalización de los derechos sociales no es uniforme, por una parte se encuentra (i) el capítulo III del título I, Arts. 39-52, dedicado a los *principios rectores de la política social y económica*, y por otra, en el capítulo II del mismo título se encuentran: (ii) en la sección 1ª que regula los *derechos fundamentales y las libertades públicas*, el derecho al trabajo remunerado para los reclusos - Art. 25.2, el derecho a la educación - Art. 27; y (iii) en la sección 2ª relativa a los derechos y deberes de los ciudadanos, el derecho al trabajo - Art. 35.

Esta técnica de positivización a la postre resulta en una protección diferenciada, pues se debería entender de acuerdo con el Art. 53.2, que los únicos derechos sociales que gozarían del recurso de amparo serían el derecho a la educación y el trabajo remunerado de los reclusos. En cuanto a los principios rectores, se dice en el Art. 53.3 que estos informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y que, sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Explica Luis Prieto<sup>540</sup> que estos principios son muy amplios o poco concluyentes y que ello ha permitido justificar casi cualquier política y, también, que casi ninguna

---

<sup>538</sup> Íd., p. 224

<sup>539</sup> Ibid.

<sup>540</sup> Luis PRIETO SANCHÍS, “El constitucionalismo de los derechos”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Trotta/UNAM, Madrid, 2007, p. 231.

pueda considerarse obligatoria. Pese a esto, el autor parte del reconocimiento de que los principios rectores encarnan *normas objetivas*, de forma tal que puede derivarse una dimensión subjetiva de ellos, y allí precisamente es en donde indica que se debe enfocar el problema.

Con relación a los derechos sociales bajo la forma problemática de *principios rectores*, el autor recuerda que la invocación del Art. 53.2 y 3 supone tres situaciones para su aplicación: (i) estos informarán la práctica judicial, lo que significa que “de algún modo podrán ser invocados ante los tribunales”.<sup>541</sup> (ii) el Tribunal Constitucional puede conocerlos a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad, y por último, (iii) el recurso de amparo sería procedente si se demuestra una conexión entre uno de estos y un derecho fundamental de los que expresamente gozan de esta protección, tal y como ocurre en Alemania.

Además, advierte Prieto, conviene diferenciar entre la “inviabile tutela directa a través del recurso de amparo y la imposibilidad de perfilar posiciones subjetivas a partir de los principios rectores”<sup>542</sup> Esto supone entender que una cosa son los derechos, bien o mal perfilados, y otra diferente sus mecanismos de reforzamiento, o lo que es lo mismo, sus garantías.

Como se observa, la falta de desarrollo de leyes de protección jurisdiccional de derechos sociales en España no puede entenderse como un obstáculo insalvable para su respeto y cumplimiento y, mucho menos, como la inexistencia misma de los derechos por no estar determinado su contenido de manera tal que no quepa duda sobre su dimensión subjetiva.

Otro ataque al contenido de los derechos sociales suele ubicarse en su complejidad. En su defensa a estos derechos, Ligia Bolívar<sup>543</sup> explica que los detractores suelen decir que su complejidad es un obstáculo para satisfacerlos, pues son vagos en términos de las obligaciones que imponen, son policéntricos y están relacionados con intereses difusos en los bienes colectivos. Se trata de un argumento de orden práctico, tomando como punto de partida los debates teóricos sobre las generaciones de derechos, e indicando que los derechos civiles y políticos no revisten complejidad tal que haga extremadamente difícil dotarlos de contenido, como sí ocurre con los derechos sociales.

---

<sup>541</sup> Ibid.

<sup>542</sup> Íd., p. 232.

<sup>543</sup> Ligia BOLÍVAR, “Derechos Económicos Sociales y Culturales: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes” en, *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Tomo V, IIDH, San José, Costa Rica, 1996.

Se debe recordar entonces que la vaguedad en la positivización de los derechos no es exclusiva de los de estirpe social, sino que de hecho es una técnica usual para dar libertad al Legislador. Piénsese por ejemplo en la estipulación “todos tienen derecho a la vida”. ¿Existe acaso algo más vago? Sin embargo, existe toda una estructura institucional tendiente a reprimir y prevenir los homicidios. Este argumento es derrotado, por cuanto el Legislador tiene amplias facultades de dotar a los derechos de contenido, y en caso de dudas, puede acudir al derecho internacional para obtener guía al respecto, en especial, si ha suscrito y ratificado determinados instrumentos que le imponen obligaciones de las que no puede sustraerse.

Otra de las alegaciones en contra de los derechos sociales radica en la indeterminación de sus titulares y obligados. Hayek, uno de los detractores de los derechos sociales sostenía:

“A los derechos negativos que son únicamente un complemento a las normas que protegen la esfera de los individuos y que han sido institucionalizados por los estatutos de la organización del gobierno, y a los derechos positivos de los ciudadanos de participar en la dirección de esta organización, se han añadido recientemente nuevos derechos humanos positivos «económicos y sociales», para los cuales se reclama una dignidad igual o superior. Éstos reivindican beneficios particulares a los que se supone que todo ser humano tiene derecho, sin indicar quién carga con la obligación de proporcionar tales beneficios, o a través de qué proceso deben proveerse. Tales derechos positivos, sin embargo, requieren como contrapartida que se establezca quién (persona u organización) tiene el deber de proporcionar lo que los demás deben tener.”<sup>544</sup>

En respuesta, se debe recordar que la titularidad de los derechos fundamentales recae en todas las personas, y que una cuestión diferente es la forma en que se haga operativo un derecho, y allí es donde se suelen confundir las cosas; se debe tener presente que una cosa es la titularidad en abstracto y otra las garantías de un derecho para hacerlo efectivo.

Conviene reiterar en este punto que gran parte de los equívocos en cuanto a los derechos sociales proceden de la confusión generalizada entre derecho y garantía, dos conceptos muy cercanos pero claramente diferenciables. Esta diferencia, ha sido puesta de manifiesto por Luigi Ferrajoli a lo largo de sus escritos, y en su concepto, una garantía puede ser entendida como la obligación o prohibición correspondiente a las

---

<sup>544</sup> Friedrich A. HAYEK, “El espejismo de la justicia social”, comp. en *Derecho, Legislación y Libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Unión Editorial, Madrid, 2006 [1976], p. 305.

expectativas positivas y negativas que encierra un derecho.<sup>545</sup> Así, es posible observar que cuando hay una positivización incompleta de las garantías que asisten a un derecho, lo que existe es una laguna normativa, no la inexistencia de un derecho fundamental.

Supeditar su fundamentalidad a la forma en que han de realizarse los derechos no resulta entonces jurídicamente adecuado, pues a la final, aunque sea derecho incompleto, es derecho positivo, y los poderes Legislativo y Ejecutivo no pueden librarse de él. La laguna normativa debe llenarse, y en este caso es preferible que lo haga el Legislador estableciendo las garantías del derecho en cuestión. La positivización sería entonces la garantía primaria de los derechos, tema al que alude Ferrajoli y que se tratará a profundidad más adelante.

A la hora de establecer quiénes son los titulares de los derechos sociales se deberá entonces concluir que lo son todas las personas, sin importar su condición económica, y que una cuestión diferente son las lagunas normativas que existen para operativizarlos. Con esto me refiero a que todas las personas son titulares, en abstracto, de derechos sociales, pero al momento de ponerlos en práctica se debe establecer los grupos de personas que deberán gozarlos prioritariamente, teniendo en cuenta los criterios de justicia distributiva, pues de otra forma podrían servir para reafirmar la condición de quiénes estén mejor situados en una sociedad, en perjuicio de las personas más vulnerables económica y socialmente, y ello sería a todas luces discriminatorio y arbitrario.

Por otra parte, cuando se piensa en quién es el obligado a satisfacer los derechos sociales, la respuesta natural sería: el Estado, el Gobierno, o en general, los poderes públicos. Pero no se debe olvidar, como explica Francisco Laporta,<sup>546</sup> que si bien esta respuesta es correcta, es incompleta, pues los derechos fundamentales son competencia de todos, dada su eficacia frente a terceros (doctrina alemana de la *drittwirkung der Grundrechte*). Esto entendiendo que no solo el Estado puede violarlos sino también los particulares.

Teniendo presente que los deberes positivos también fundamentan los derechos, solo quedaría pendiente de solución el interrogante sobre cómo establecer la institucionalidad necesaria para que los particulares también sean responsables de su

---

<sup>545</sup> Luigi FERRAJOLI, *Principia iuris. Tomo I*, Op. Cit., p. 630.

<sup>546</sup> Francisco LAPORTA, “Los derechos sociales y su protección jurídica: Introducción al problema”, Op. Cit. p. 313-315.

satisfacción. Se debe recordar que el cumplimiento de los derechos fundamentales por parte de particulares, en gran medida, se deriva de que éstos ajusten sus actuaciones a la normatividad vigente, por ejemplo, en cuanto a normas de contratación laboral o libertad sindical, lo que no les supondría acciones supererogatorias sino el cumplimiento de un deber positivo legalmente establecido. Sobre este tema remito a lo expresado en el primer capítulo del presente documento.

### 2.3.2. Contenido prestacional

Otro argumento usual para negar la fundamentalidad de los derechos sociales es que su contenido es prestacional o positivo, mientras que el de los derechos civiles y políticos es de abstención o negativo. Es importante empezar desde ya a desmontar varios errores conceptuales y prejuicios arraigados en la cultura jurídica, pues los derechos fundamentales, de cualquier generación, pueden asumir diversas formas y su cumplimiento, por regla general, va a generar costos y supondrá acciones positivas de los poderes públicos.

Conviene recordar entonces la explicación de Francisco Laporta<sup>547</sup> sobre las diversas formas que pueden asumir los derechos sociales. Estos pueden ser (i) *libertades*, que se configuran como la protección a un ámbito de acción frente a las interferencias del Estado o los particulares, es el caso de la libertad sindical o el derecho a huelga; (ii) *derechos de prestación*, en este caso el derecho se satisface con la entrega de ciertos bienes (vivienda), la prestación de servicios (educación o salud) o la transferencia de recursos (pensiones de jubilación o invalidez); (iii) *derechos a ciertas posiciones o status legales*, es decir, ocupar cierto status jurídico previsto en el ordenamiento y que confiere algunos derechos o privilegios, por ejemplo, el status de jubilado, de persona en paro, familia numerosa, etc.; y por último, (iv) *derechos a un bien público* que se considera como un estado de cosas bueno o deseable, como por ejemplo un ambiente limpio o el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico.

Es erróneo encasillar al catalogo de derechos sociales en una sola categoría, pues estos pueden asumir diversas formas según su contenido normativo, no se trata solo de

---

<sup>547</sup> Francisco LAPORTA, “Los derechos sociales y su protección jurídica: Introducción al problema”, Op. Cit. p. 297-325.



prestaciones. Puede entonces desmontarse la creencia de que son únicamente derechos positivos y que por ende su satisfacción únicamente supondrá erogaciones al Estado. Concluye Laporta, y coincido en su apreciación: “Un corolario que puede inferirse de ello es que, desde un punto de vista estructural, o por lo que respecta a las modalidades jurídicas en que se expresan, los derechos sociales *no* son derechos de una naturaleza necesariamente distinta a los derechos llamados civiles o políticos.”<sup>548</sup>

La segunda parte de este argumento radica precisamente en el costo y en una supuesta insaciabilidad de estos derechos. Se sostiene que los derechos fundamentales (civiles y políticos) implican obligaciones de abstención y son de aplicación inmediata, pero por el contrario los derechos sociales son de acción y aplicación progresiva. Este es quizás el argumento adverso más recurrente y tiene que ver con lo que se ha llamado *derechos caros y baratos*.<sup>549</sup> Se suele decir que los derechos civiles y políticos sí son fundamentales pues no representan una erogación, ya que se pueden satisfacer con la simple abstención del Estado, mientras que los derechos sociales al ser positivos, suponen grandes inversiones de recursos públicos.

Guastini indica al respecto, que los derechos fundamentales se pueden clasificar en dos categorías, según si su contenido consiste en una obligación de hacer o en una obligación de omitir para el Estado:

“1. Por un lado existen derechos fundamentales cuyo contenido es una acción del Estado; es el caso de los derechos que suelen ser denominados “sociales”, como el derecho a la salud, el derecho al trabajo, etcétera. 2. Por otro, existen derechos fundamentales cuyo contenido es una omisión (una abstención) del Estado; es el caso de los derechos de libertad (*libertés publiques*), como la libertad personal, la libertad de reunión, la libertad de asociación, etcétera. Hay que señalar que, en la mayoría de los casos, los derechos sociales – al igual que los derechos morales – son derechos ‘sobre el papel’.”<sup>550</sup>

Apreciaciones de este tipo no tienen asidero y no son más que un equívoco, pues tanto los derechos civiles y políticos como los sociales, generan obligaciones (i) de acción y abstención y (ii) de aplicación inmediata y progresiva. Esto puede clarificarse con el ejemplo usado por Ernst Tugendhat: “para el derecho a un proceso justo el gobierno debe proveer el aparato judicial necesario y, por otra parte, el establecimiento

---

<sup>548</sup> Íd., p. 301.

<sup>549</sup> Francisco Javier ANSUÁTEGUI, “Ordenamiento jurídico y derechos humanos” en, J.J. TAMAYO, (Dir.), *10 palabras clave sobre derechos humanos*, Verbo Divino, Estella, 2005, p. 339.

<sup>550</sup> Riccardo GUASTINI, *Estudios de Teoría Constitucional*, Op. Cit., p. 223.

de algunos derechos económicos como el derecho al trabajo, es concebible sin proveimiento.”<sup>551</sup> De acuerdo con lo anterior, es inaceptable limitarse a indicar que los derechos sociales generan costos económicos que no es posible asumir sin resquebrajar la economía de un Estado, por cuanto todos los derechos suponen una estructura institucional que genera gastos y erogaciones.

Autores como Stephen Holmes y Cass Sunstein<sup>552</sup> ponen esta situación de manifiesto. Ellos analizaron algunos aspectos de la estructura institucional de Estados Unidos y los costos económicos que supone su funcionamiento, en especial, teniendo presente que aquella está dedicada casi exclusivamente a proteger los derechos civiles y políticos y, en especial, el derecho a la propiedad privada.

Los autores asumen una postura cautelosa con relación a la decisión sobre el gasto público para realizar derechos, pero en lo que aquí interesa, explican por ejemplo que proteger la propiedad privada del hurto trae consigo gastos en salarios de policías, jueces y otros relacionados con el mantenimiento de infraestructuras tales como estaciones de policía, juzgados, cárceles, etc., y también la supervisión de estos funcionarios. Dan además otro ejemplo, explicando que apagar un incendio en los lujosos Hamptons también supone erogaciones del presupuesto público, pues aún tratándose de viviendas de personas con alta capacidad económica, el servicio de bomberos es de naturaleza pública.<sup>553</sup>

Los autores adicionalmente ponen de manifiesto varias situaciones al referirse a los *costos* de los derechos. En primer lugar, indican que no solo se debe pensar en términos de costos presupuestarios sino también de costos sociales, pues si bien en un primer momento la realización de algunos derechos puede resultar *costosa*, se aumentará consecuentemente la *riqueza social imponible* de modo que estos se autofinancian.<sup>554</sup>

En segundo lugar, advierten que no se debe confundir el preguntarse por el costo de los derechos en un presupuesto, con cuánto valen, pues no es posible saberlo a ciencia cierta. La decisión de asignación de recursos no dependerá del criterio contable, sino de un ejercicio democrático, pues al hablar de derechos fundamentales se deberá superar el

---

<sup>551</sup> Ernst TUGENDHAT, *Ser, Verdad, Acción. Ensayos Filosóficos*, Gedisa, Barcelona, 1998, p. 249.

<sup>552</sup> Stephen HOLMES y Cass SUNSTEIN, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

<sup>553</sup> *Íd.*, p. 31, 32.

<sup>554</sup> *Íd.*, p. 40.

simple análisis costo-beneficio.<sup>555</sup>

La tercera situación que Sunstein y Holmes ponen de manifiesto, es que todos los derechos son positivos,<sup>556</sup> pues todos suponen la existencia de “una maquinaria eficaz de supervisión, pagada por los contribuyentes para monitorear y controlar.”<sup>557</sup> Ejemplificando el papel de los tribunales en garantía de derechos negativos, es decir, reforzando las abstenciones del Estado, o resarciendo los daños causados por éste, explican que “hasta los derechos aparentemente negativos son en realidad beneficios que provee el Estado”<sup>558</sup>

Por último, vale la pena resaltar la indicación de los autores con relación a que los patrones de gastos dependen de decisiones políticas, no jurídicas, y que estas se fundamentan en el invencible argumento de la escasez, de acuerdo con el cual las limitaciones financieras son el impedimento para la realización de todos los derechos básicos.<sup>559</sup> Si se presta atención a los costos se podrá explicar mejor la decisión política subyacente, o en otras palabras, se podrá entender de dónde proviene la sobreprotección y defensa selectiva de unos derechos, sobre la desprotección de otros.

Es entonces ridículo indicar que los únicos derechos que generan erogaciones son los sociales, cuando son los menos desarrollados en términos de institucionalidad de soporte. Más adelante se hablará de algunas de las formas en que se puede satisfacer un derecho social, pero se puede anticipar que inclusive mediante abstenciones el Estado puede también cumplirlos.

Si se me permite la analogía, la falta de infraestructura para la realización y defensa de los derechos sociales responde a una limitación en la imaginación e innovación. Se nos ha educado en la creencia de que el Estado de Derecho, tal y como lo conocemos, es la única posibilidad institucional que existe, desconociendo la realidad subyacente, que se trata de un invento de la modernidad. El Estado, como el Internet o los teléfonos móviles, no es más que una invención nacida del ingenio humano, con unas finalidades definidas, pero que en modo alguno puede considerarse el modelo definitivo.

---

<sup>555</sup> Íd., p. 47, 48, 120 y 248.

<sup>556</sup> Íd., p. 57. Definen *derechos positivos* como los que “condicionan las decisiones de los tribunales, [pues] son los reclamos individuales contra recursos aportados por los contribuyentes y administrados por los gobiernos”.

<sup>557</sup> Íd., p. 65.

<sup>558</sup> Íd., p. 66.

<sup>559</sup> Íd., p. 123, 124.

El Estado moderno, y en consecuencia el Gobierno, son inventos recientes, se debe recordar que se trata de una institución cuyos inicios pueden rastrearse en el Siglo XIX, y su refinamiento a través de los procesos de constitucionalización se ubica en el Siglo XX. Por tanto, si se considera que las primeras civilizaciones y formas de gobierno surgieron alrededor del Siglo V a. C., es un poco pretensioso considerar que una institución de unos 215 años de antigüedad deba permanecer tal y como está. Es importante entonces empezar a plantearse nuevas posibilidades institucionales para dar respuesta al reto del cumplimiento de los derechos sociales, y no anidarse en una posición cómoda de imposibilidad.

Por último, se suele achacar la imposibilidad de realización de los derechos sociales a los complejos contextos sociales, económicos y políticos, que los hacen de aún más difícil realización, pues habrán variables fuera del control de los Estados, como por ejemplo los períodos de recesión económica, o los desastres naturales imprevisibles, y que impiden una adecuada planeación para conseguir recursos para financiar estos derechos, y tratándose de países en vías de desarrollo la situación se complica aún más dada la permanente escasez de recursos.

Es cierto que existen obstáculos naturales y sociales a los derechos, en cuanto a los primeros, es comprensible que existan dificultades presupuestarias, crisis económicas, inclusive desastres ambientales que los afecten,<sup>560</sup> sin embargo, aducir condiciones adversas, no es argumento aceptable en contra de la naturaleza jurídica de los derechos, podría serlo en relación con sus posibilidades de realización fáctica en el corto plazo, pero aún así, no se trata del derecho en sí mismo, se trata de “evaluar la conducta del Estado y sus esfuerzos en la satisfacción de tal derecho”<sup>561</sup>

Es indudable que también se encontrarán condiciones sociales adversas, por ejemplo por tradiciones culturales, sin embargo, se debe hacer una consideración similar a la hecha con relación a los obstáculos naturales, pues el trasfondo del asunto no es el derecho en sí mismo, sino la actitud hostil que se asuma frente a su realización, en especial, la que asuman las autoridades públicas, con miras al mediano y al largo plazo,

---

<sup>560</sup> Sobre este tema ver por ejemplo el informe de 2011 de la Relatora Especial de Naciones Unidas para el derecho a la Vivienda Adecuada (A/66/270) en donde puso de manifiesto la gravedad de este asunto, y cómo los desastres naturales afectan severamente el derecho a la vivienda de las personas, llevándolas inclusive al desplazamiento interno y a la situación de refugio.

<sup>561</sup> Ligia BOLÍVAR, “Derechos Económicos Sociales y Culturales: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes” Op. Cit., p. 8

de ahí por ejemplo que se critique tanto el papel de los tribunales constitucionales y sin mayores consideraciones se les acuse de actuar de manera anti-democrática.

Es claro que el tema de los derechos sociales involucra difíciles aspectos de concreción, sin embargo, no se puede atar la validez normativa de éstos al mayor o menor grado de posibilidad de realización;<sup>562</sup> es erróneo deducir la fundamentalidad y/o validez normativa de un derecho, partiendo de realidades políticas y económicas. Se debe recordar que los derechos fundamentales también tienen la función de orientar la actuación del Estado y de los particulares hacia el mejoramiento de la situación actual; lo contrario equivaldría a aceptar como teóricamente correcto que el derecho a la vida es restringible en países en vías de desarrollo, dada la falta de gobernabilidad y atraso económico.

Es pertinente en este punto recordar la nocividad de supeditar los derechos a una futura y mejor situación económica. Autores como Boaventura de Souza Santos,<sup>563</sup> han denominado este hecho como la *transacción derechos humanos – crecimiento*, un fenómeno que puede ser descrito básicamente como la pérdida o reducción de derechos sociales aceptada por la sociedades, a cambio de generar crecimiento económico, y así jalonar posteriormente la realización de derechos. Algo así como aplicar austeridad en derechos como una inversión a futuro, pero la historia tristemente demostró que la bonanza de derechos nunca llegó, sino que por el contrario, la situación de derechos sociales es peor en la segunda década del Siglo XXI, de lo que fuese en 1980.

Por esta razón sostiene Ricardo García Manrique<sup>564</sup> que una recta concepción de los derechos sociales supone por una parte, no relacionarlos con la idea de que son algo lujoso de las sociedades opulentas y por ende en tiempos de escasez deben ser reducidos, y de otra, que no se trata solo de prestaciones públicas, que no podrían mantenerse incólumes cuando se reduzcan los ingresos públicos en épocas de recesión económica.

Los derechos sociales, explica el autor, deben concebirse entonces como instancias de democratización de procesos sociales básicos, como pautas de distribución de la riqueza y las oportunidades, y como una herramienta al servicio de la libertad de todos. En sus palabras: “Siendo así, los derechos sociales no tienen que ver tanto con el

---

<sup>562</sup> Robert ALEXY, “Derechos Sociales Fundamentales” en Miguel CARBONELL, Juan CRUZ PARCERO, Rodolfo VÁSQUEZ, (comp.), *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, UNAM, México D.F., 2000, p. 82.

<sup>563</sup> Boaventura de Souza SANTOS, *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1999, p. 225 y ss.

<sup>564</sup> Ricardo GARCÍA MANRIQUE, *La libertad de todos*, Op. Cit., p. 34.

tamaño de la tarta, sino con el criterio que ha de seguirse para repartirla, sea grande o pequeña.”<sup>565</sup>

### 2.3.3. No justiciabilidad

Este es el argumento de la objeción política,<sup>566</sup> pues la implementación de los derechos sociales involucraría decisiones políticas de gran envergadura, comparada con el caso de los derechos civiles y políticos, además, estos asuntos deben ser dejados a la decisión de legisladores, ministros y otros actores políticos y no a la decisión de los jueces, quienes no pueden resolver casos que involucren derechos sociales por ser una cuestión política, no un asunto del derecho.

Al respecto, Rodolfo Figueroa<sup>567</sup> explica que existen básicamente dos objeciones a la justiciabilidad de los DESC: la de incapacidad y la de ilegitimidad. La primera, se refiere a que los jueces no tienen la capacidad institucional, ni los conocimientos para tomar decisiones sobre la distribución de recursos públicos, y en consecuencia, no podrían determinar las complejas consecuencias que pueden derivarse de tales acciones. Indica el autor que este aspecto en particular es conocido como las *decisiones policéntricas*, pues involucran tanto intereses de las personas de un litigio en particular, como los de otros beneficiarios potenciales y actuales, pudiendo quedar estos últimos en riesgo por una variación en la distribución de recursos, ya de por sí escasos —en especial en temas de salud—.

Entiendo que se trata de un efecto innegable de la intervención judicial en situaciones como la planteada, sin embargo, no puedo declararme en total acuerdo por cuanto se trata de una argumentación perversa, pues no se debe olvidar que las leyes y las políticas públicas están hechas para servir a las personas y protegerlas y no al revés. Un desequilibrio presupuestario sin lugar a dudas no es una situación deseable, pero entre esta y supeditar la vida de las personas a decisiones burocratizadas hay una notable diferencia que se puede apreciar si se valora la vida en nota de derechos fundamentales.

---

<sup>565</sup> Ibid.

<sup>566</sup> Rodolfo FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, “Justificación del rol de las cortes haciendo justiciables los derechos...”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, N° 2, 2009, p. 314.

<sup>567</sup> Rodolfo FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, N° 3, 2009, p. 588-591.

La segunda objeción<sup>568</sup> indica que los jueces no tienen la legitimidad política para tomar dichas decisiones, pues no fueron elegidos popularmente, como sí lo fuese el Legislador, y como resultado, no están cualificados para elegir entre las diferentes alternativas posibles para realizar los derechos. Se sostiene que la intervención judicial sería ilegítima si ocurre para revisar políticas públicas por cuanto vulnera el principio de división de poderes. Por otra parte, los jueces tampoco tendrían la capacidad de interpretar o de dotar de contenido a los principios y valores sociales, pues ello sería tarea del Legislador, así que no podrían pronunciarse sobre derechos sociales. Los jueces estarían actuando entonces como políticos al diseñar e implementar programas.

Este argumento se presenta refiriéndose también a la ambigüedad con la que los derechos sociales fueron positivizados, que hace imposible determinar los elementos básicos de exigibilidad, es decir, no son reales derechos subjetivos, pues no hay determinación del titular ni de la prestación, ni el cómo deberá hacerla efectiva el Estado. , y se agrega el contundente argumento de la indisponibilidad total del Estado sobre el objeto del derecho, p.e., en el caso del derecho al trabajo.

Además de lo anterior, se alega que la realización progresiva de los derechos sociales diluye aún más la posibilidad de acudir a los jueces para exigirlos, pues se equipara su *realización en la medida de los recursos disponibles* a una obligación de medio y no de resultado. Difícilmente se podría crear una pretensión fundamentada en directrices para el poder legislativo, que no constituyen realmente derechos, máxime, si una realización progresiva supone una mutación de contenidos constante.

Estos argumentos son en realidad un problema de paradigma jurídico, o en otras palabras, se trata de entender la estructura de los derechos fundamentales con la lógica del derecho privado, ignorando las transformaciones sufridas por los sistemas jurídicos durante el último siglo. Resulta natural entonces que si se intenta encasillar una relativamente nueva tipología de normas jurídicas en una estructura más cerrada, existirán problemas para quienes deban aplicarlas; es por ello, que autores como Luigi Ferrajoli,<sup>569</sup> realizan una aproximación desde el garantismo y entienden que no se trata de un problema de naturaleza jurídica, sino de lagunas normativas y antinomias, que siempre han acompañado a los sistemas jurídicos.

---

<sup>568</sup> Íd., p. 592.

<sup>569</sup> Este es el eje de su obra en tres tomos *Principia Iuris*, pero es un tema recurrente desde sus primeros libros. Sobre este tema se ahondará en el acápite de garantías, por lo que se remite a las consideraciones expresadas allí.

Sobre la cuestión del juez-legislador se debe primero remarcar que se trata de un argumento construido sobre la base de la errónea diferencia entre DCP y DESC, de acuerdo con la cual, los primeros se satisfacen únicamente con la abstención del Estado lo que implica que no habría costos, mientras que los segundos sólo se pueden satisfacer con prestaciones económicas. Sobre este punto se habló en el anterior apartado, por lo que se remite a lo allí expresado.

Otro aspecto que debe considerarse es que los poderes públicos deben vigilarse y controlarse entre sí, situación que parecen haber olvidado quienes sostienen la objeción de la incapacidad. Es cierto que los jueces no pueden reemplazar ni al Legislador ni al poder Ejecutivo, pero deben velar porque el actuar de estos se ajuste a los mandatos constitucionales y por ende, a los requerimientos que los derechos fundamentales suponen.

Es importante agregar sobre este punto que existen diferencias sustanciales en cuanto a cómo actúan la Administración y la Judicatura, y que permiten entender la diferente labor que cada una desarrolla a la hora de hablar de derechos fundamentales. Explica Figueroa:

“La administración diseña la política pública, mientras que la judicatura no; la administración decide cómo implementar la política, mientras que la judicatura no; la administración actúa basada en criterios de bienestar social y efectuando cálculos agregativos, mientras que la judicatura no razona así; la administración emplea consideraciones sociales globales, abordando la población en términos impersonales y estadísticos, mientras que la judicatura no; el trabajo de la administración es lidiar con la política pública, y por ello es proactiva, mientras que la judicatura actúa bajo requerimiento, motivada por la violación de un derecho constitucional, y por ello es reactiva.”<sup>570</sup>

Resultan particularmente relevantes dos aspectos: los cálculos agregativos y la identidad individualizada de las personas que disputan un derecho social. Por regla general, cuando los jueces intervienen en la determinación de derechos fundamentales, y por extensión derechos sociales, lo hacen a través de acciones interpuestas por personas o grupos de personas específicos,<sup>571</sup> por lo que el efecto de la providencia respectiva será

---

<sup>570</sup> Rodolfo FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, “Justiciabilidad de los derechos...”, Op. Cit., p. 595.

<sup>571</sup> Íd., p. 600. Explica Rodolfo Figueroa que es precisamente en este tipo de escenarios en donde debe entenderse que se desarrolla la justiciabilidad de los DESC, en los casos individuales, pues es



*inter partes*; por el contrario, una política pública tendrá efectos *erga omnes* como regla general. Solo eventualmente, cuando se tratare de un asunto en el que se debata la constitucionalidad de una política pública, el efecto sería de naturaleza general.

Estos aspectos permiten evidenciar que los jueces sí pueden tener conocimiento de asuntos en que se ventile la exigibilidad de derechos sociales. En todo caso, si se aplicara la lógica contraria, debería desaparecer todo aquello que rompa la planeación de la Administración e implique un desequilibrio a las finanzas públicas, como por ejemplo las decisiones adversas de la justicia contencioso-administrativa, o los desastres naturales, pero esto es simplemente absurdo.

Por otra parte, no debe olvidarse que pese a la estructura abierta e indeterminada de los derechos fundamentales, en especial los sociales, y más aún si están positivizados en las constituciones, existe un mínimo de consenso sobre su contenido; ello conducirá a que la inacción del legislador no sea aceptable como excusa para vulnerar la dignidad, igualdad y libertad de las personas; en palabras de Ligia Bolívar: “Lo que sí tiene sentido, en cualquier caso, independientemente del derecho en cuestión, es que, una vez definido el contenido mínimo esencial de un derecho, se creen mecanismos mediante los cuales los ciudadanos, en igualdad de oportunidades y condiciones, puedan reclamar su disfrute tomando en cuenta las obligaciones del Estado en torno a su satisfacción.”<sup>572</sup>

Es importante recalcar que todos los derechos fundamentales, los civiles, políticos y sociales, son normas de rango constitucional, cuyo cumplimiento compete a todas las ramas del Poder Público; así, en vez de pensar que las intervenciones judiciales son intromisiones abusivas, se debe entender que su defensa es una tarea fundamental de la judicatura, mientras que a los otros poderes les competirá de igual forma realizarlos acorde con sus funciones propias. Además, no se debe olvidar que estas normas reúnen una doble naturaleza, pues por una parte ingresan los derechos fundamentales a un ordenamiento jurídico, y por otra, son directrices de actuación para los poderes Legislativo y Ejecutivo, y en la medida en que las leyes y políticas públicas vulneren derechos fundamentales, será posible –y deseable– la intervención judicial.

A la imposibilidad de justiciabilidad se agrega el argumento de que estos derechos no cuentan con garantía jurisdiccional en recursos e instancias internacionales.

---

precisamente caso a caso donde se podrá determinar la existencia o no de derechos y obligaciones correlativas.

<sup>572</sup> Ligia BOLÍVAR, “Derechos Económicos Sociales y Culturales: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes” Op. Cit., p. 9.

Este argumento se puede apalancar en las dificultades de funcionamiento que presentan el sistema universal de protección de derechos humanos y los sistemas regionales. En parte se puede aducir el mismo argumento sobre justiciabilidad presentado antes, pues lo difuso del contenido de los derechos sociales, imposibilita, en concepto de los detractores, la posibilidad de llevar ante un juez un reclamo originado en una violación de estos derechos, más aún, si se tiene en cuenta que uno de los requisitos para poner en funcionamiento los mecanismos internacionales, es el agotamiento de los recursos internos, y si estos no existen, no podría suplirse *prima facie* este requisito.

Esta alegación en el fondo es una falacia argumentativa por cuanto los mecanismos sí existen. Con la promulgación del Protocolo de derechos económicos, sociales y culturales por parte de la Organización de las Naciones Unidas, se desmonta este argumento, pues ya existe un mecanismo especialmente diseñado para conocer de las violaciones de derechos originadas por esta causa. Además, este argumento ya era falso desde antes de la existencia del protocolo, pues dichos mecanismos sí existían, y pese a que algunos sean más efectivos que otros, desconocerlos no es igual a que no existan.

Adicionalmente, se debe mirar cada derecho por separado para poder determinar las garantías respectivas con que cuenta, bien sean políticas o jurisdiccionales, y el sistema de protección en el que se ubican; por ejemplo, para el derecho al trabajo en el seno de la Organización de las Naciones Unidas hay garantías en el Comité Desc y en la OIT, mientras que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos las hay cuasi-contenciosas en cabeza de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), políticas en el de las relatorías de la CIDH y contenciosas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero este tema se verá con mayor detenimiento en el tercer capítulo.

#### **2.3.4. Colisión con *verdaderos* derechos fundamentales**

Los opositores de los derechos sociales también utilizan la estrategia *fatalista*, que consiste en dibujar el escenario de los derechos como una arena romana en la que los derechos civiles y políticos deben enfrentarse a los sociales, y en caso de que estos últimos triunfen, los primeros habrán perdido toda vigencia.<sup>573</sup>

---

<sup>573</sup> Esta tesis es denominada por Ferrajoli *suma cero*. De acuerdo con ésta la expansión de un grupo de

Los antecedentes de esta postura pueden ubicarse en los orígenes mismos de los derechos sociales. Indica Böckenförde<sup>574</sup> que los derechos sociales nacen como respuesta a la precaria situación y miseria de los trabajadores a raíz de la industrialización y del modelo liberal de ordenamiento de la sociedad burguesa, y que en especial, en el caso de la Revolución bolchevique en Rusia,<sup>575</sup> evidencia la contraposición entre derechos fundamentales de los trabajadores desposeídos y derechos fundamentales burgueses.

Se debe tener en cuenta, como también explica Böckenförde, que más que un enfrentamiento de categorías jurídicas entre sí, se trataba de un enfrentamiento social, pues sin ciertos presupuestos como la educación y la propiedad no era posible gozar de la libertad. En sus palabras: “Esta es la situación jurídica y social en la que –partiendo de la idea de la justicia- encuentra su necesidad y justificación la idea de los derechos fundamentales sociales, y ciertamente *no como contra-principio* frente a los derechos fundamentales de libertad, sino a partir del propio principio del aseguramiento de la libertad.”<sup>576</sup> (Resaltado mío)

Esta pugna se mantiene en el Siglo XX y se aviva durante la Guerra Fría, con el enfrentamiento entre los bloques occidental y oriental; el primero defendía los derechos liberales, mientras el segundo protegía a los sociales. Si se contextualizan las palabras de autores como Hayek, se entiende con mayor facilidad porque en 1976 él sostenía que los derechos sociales no son exigibles frente a la sociedad y que no son compatibles con los civiles y políticos:

“el orden espontáneo llamado sociedad debe[ría] ser sustituido por una organización dirigida racionalmente: el mercado como *cosmos* debería ser sustituido por una *taxis* cuyos miembros deberían hacer lo que se les mande. Éstos no podrían servirse de sus propios conocimientos para perseguir sus propios fines sino que deberán seguir los planes designados por sus gobernantes para satisfacer las necesidades

---

derechos y sus garantías sería a costa de otros derechos, cuestión desmentida por la historia según explica el profesor italiano, quien a la vez propone que ocurre lo contrario, opera el *principio de la tendencial sinergia* entre las garantías de todos los distintos derechos fundamentales. Luigi FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Tomo 2. Teoría de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011, p. 70, 383 y 413.

<sup>574</sup> Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993, p. 72-73.

<sup>575</sup> Böckenförde indica que no solo se encuentran cláusulas sociales en el ordenamiento jurídico soviético de 1918, sino que estas se encuentran presentes desde normas como la Constitución francesa de 1793 y la Constitución de Weimar. Para el contexto iberoamericano bien vale recordar la Constitución mexicana de 1917.

<sup>576</sup> *Íd.*, p. 74.

preestablecidas. De donde se sigue que los viejos derechos civiles y los nuevos derechos sociales y económicos no pueden alcanzarse al mismo tiempo, sino que más bien son de hecho incompatibles; los nuevos derechos no se pueden imponer por ley sin destruir al mismo tiempo el orden liberal al que tienden los viejos derechos civiles.”<sup>577</sup>

La historia permite descubrir que el enfrentamiento entre géneros de derechos no es más que el resultado de sucesos históricos y las posturas que diferentes grupos sociales adoptaron frente a los hechos en un momento dado. Visto lo anterior, se puede concluir que el argumento se basa en gran medida en un rezago del imaginario social,<sup>578</sup> que por supuesto debe superarse, pues los derechos se encuentran relacionados entre sí y son interdependientes, ya que todos buscan el mismo fin: la protección de la dignidad humana y la realización de la libertad.

Se pueden desmontar los argumentos que sostienen que los derechos sociales no son derechos fundamentales, al punto que se descubre que se trata de creencias y/o prejuicios arraigados, y como en el ejemplo citado, se puede rastrear su origen en una postura ideológica y de alguna forma más o menos fortuita de acuerdo con hechos históricos fenecidos.

Ricardo García Manrique,<sup>579</sup> explica que a la hora de configurar el contenido de los derechos sociales han surgido tres respuestas o concepciones, que él ha denominado la liberal, la socioliberal y la socialista. Sostiene que la primera no se pregunta por este contenido, pues no se relaciona con la libertad de los ciudadanos y por ende no se han de considerar derechos fundamentales; la segunda postura entiende que se deben configurar como derechos mínimos y subsidiarios del mercado, a fin de armonizar con los demás derechos fundamentales. La tercera, de acuerdo con el autor, es la única que los concibe como derechos *plenamente ciudadanos*, y en consecuencia, no subsidiarios del mercado.

De acuerdo con el autor,<sup>580</sup> la postura liberal niega los derechos sociales de dos maneras: la primera tiene que ver con la consideración de que el contenido de estos derechos no es malo, ni indeseable, pero la técnica adecuada para realizarlos no es la de

---

<sup>577</sup> Friedrich A. HAYEK, “El espejismo de la justicia social”, Op. Cit. p. 305.

<sup>578</sup> Esta situación es especialmente visible en la formación del jurista. Autores, como Christian Courtis, indican que parte de los orígenes de los problemas de exigibilidad de los derechos sociales se puede rastrear en la educación de los abogados, quienes han sido formados en las universidades casi exclusivamente a partir del paradigma iusprivatista. Esto resulta a la larga en un entendimiento incompleto y parcial de este tipo de derechos fundamentales, que se refleja en las decisiones de jueces y/o en las leyes. Christian COURTIS, “Los derechos sociales en perspectiva: La cara jurídica de la política social.”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Op. cit., p. 186-190.

<sup>579</sup> Ricardo GARCÍA MANRIQUE, *La libertad de todos*, Op. Cit., p. 145.

<sup>580</sup> Ricardo GARCÍA MANRIQUE, *La libertad de todos*, Op. Cit., p. 145-147

los *derechos fundamentales*, sino la de otras formas de interacción social, como por ejemplo la provisión a través del libre juego de la iniciativa individual.

La segunda forma indica que los derechos sociales podrían configurarse como derechos subjetivos, pero de rango legal, no constitucional, por diversas razones de imposibilidad de ejecución, dentro de las que se puede señalar la falta de determinación de las obligaciones correlativas.

Interesa revisar para el presente análisis los aspectos más relevantes de la primera forma, pues los de la segunda ya han sido vistos en páginas anteriores, además, el autor indica que la segunda manera bien puede estar o no ligada a la concepción liberal, pues se basa en argumentos propios de la teoría del Derecho.<sup>581</sup>

De esta forma, García Manrique destaca los siguientes tres argumentos como parte de la argumentación liberal en contra de la positivización de los derechos sociales:

“(1) Los derechos fundamentales deben servir a la libertad; como los derechos sociales no sirven a la libertad, no deben ser derechos fundamentales. Lo llamaré ‘**el argumento de la libertad**’.

(2) Los derechos fundamentales constituyen límites a la acción ajena y este no es el caso de los derechos sociales, que suponen precisamente una habilitación de dicha acción. Lo llamaré ‘**el argumento de los límites**’.

(3) Los derechos sociales suponen un recorte ilegítimo de la propiedad privada y de la libertad de mercado. Lo llamaré ‘**el argumento de la propiedad**’.”<sup>582</sup> (Negritas fuera de texto)

El autor indica que en el caso del *argumento de la libertad*, se está ante un silogismo que tiene una premisa falsa, pues los derechos sociales, de acuerdo con su criterio, sí sirven a la libertad,<sup>583</sup> por lo que no hace falta buscar la fundamentación fuera del ámbito mismo de la negación liberal.

La propuesta de García Manrique resulta plausible, sin embargo, considero arriesgado dejar la fundamentación de los derechos fundamentales solo en manos de la *libertad*, pues en la práctica se requiere de otros valores, instrumentales o no, para llegar a contenidos e interpretaciones que protejan de manera integral su realización. Es más, en la premisa de fundamentación de este autor hay un vacío, pues si bien es cierto que los derechos sociales permiten la libertad, no es menos cierto que sin la *igualdad* de libertad su afirmación carecería de sentido. No basta entonces con el enunciado de

---

<sup>581</sup> Íd., p. 148.

<sup>582</sup> Íd., p. 149.

<sup>583</sup> Íd., p. 151 y ss.

libertad si no se explicita que se trata de la misma libertad para todas las personas. En ese orden de ideas, remito al lector/a a las consideraciones presentadas en el primer capítulo sobre el concepto y esquema de fundamentación.

Continuando con el *argumento de los límites*, él utiliza dos conceptos para definir estos derechos: “o bien como una prestación pública de bienes o servicios esenciales para la satisfacción de las necesidades básicas o bien como una *habilitación* para participar en pie de igualdad en ciertas actividades comunitarias” (resaltado mío).<sup>584</sup>

En el primer caso entiende que los derechos sociales son una forma de redistribución de esos bienes o servicios y que con ello se aumenta la capacidad de sus titulares, lo que significa aumento de su autonomía, es decir, que sí sirven a la libertad y por ende extienden el ámbito de acción de la persona. De acuerdo con el segundo concepto estos derechos “igualan la posición de los ciudadanos a la hora de participar en actividades comunitarias (como el trabajo), suprimiendo posiciones de dominación y de sumisión y, por tanto, aumentando la libertad de los muchos que, sin esos, se verían abocados a someterse al dominio de otros.”<sup>585</sup>

De esta forma García Manrique hace una réplica al argumento de que los derechos fundamentales son tan solo límites a la acción ajena y que como los derechos sociales son de tipo prestacional no encajarían en tal esquema.

Por último, con relación al *argumento de la propiedad*, en un trabajo previo, García Manrique<sup>586</sup> explicaba que este argumento se sustenta principalmente en que los derechos sociales chocan con derechos fundamentales consolidados tales como la propiedad privada y la libertad de mercado, que permiten la provisión de bienes o la prestación de servicios socialmente muy importantes con ánimo de lucro. Para desmontar este argumento sostenía el autor que se trata de *creencias falsas*, pues estas libertades no pueden considerarse derechos fundamentales.

Tanto en ese artículo como en su obra “La libertad de todos”<sup>587</sup> sostiene el autor con relación a la libertad de mercado, que la asignación de bienes se realiza por medio de dos mecanismos, el mercado y la ciudadanía. En el primer caso, se trata de una de las

---

<sup>584</sup> Íd., p. 195.

<sup>585</sup> Íd., p. 196.

<sup>586</sup> Ricardo GARCÍA MANRIQUE, “Los enemigos ocultos de los derechos sociales. Cinco creencias erróneas sobre los derechos humanos”, en *Cuadernos Electrónicos de Derechos Humanos y Democracia*, N° 5, 2009, p. 53 y 54.

<sup>587</sup> Ricardo GARCÍA MANRIQUE, *La libertad de todos*, Op. Cit., p. 204-222.

*libertades liberales* por excelencia y el Estado no puede interferir gravemente en los planes de vida de los ciudadanos, sin embargo, cuando esta libertad excede límites razonables y pone en riesgo los derechos fundamentales de otras personas, los Estados deben intervenir para equilibrar la situación, y es allí cuando entra en juego el mecanismo de provisión ciudadana.

En cuanto a la propiedad privada explica que esta no reviste la naturaleza de derecho fundamental, de hecho, se trata de un derecho renunciable y negociable por naturaleza, o de otra forma, se trataría el tráfico mercantil. Además, se trata de un derecho que no tiene contenido igualitario, por el contrario, es profundamente individual, y en la medida que atente contra derechos que sí son fundamentales, debe ceder ante ellos.

La propiedad privada no es mala *per se*, por lo que no se propone que esta desaparezca, pues ello atentaría a la vez contra otra serie de derechos de las personas, pero se debe reformular su entendimiento, aceptando por ejemplo propuestas que lo reconfiguren para ser considerada como “el control de cada uno sobre los recursos necesarios para llevar una vida plenamente humana”,<sup>588</sup> y que ello sea compatible con los derechos fundamentales.

Como se observa, la explicación del autor coincide con lo mencionado sobre la influencia de las posturas ideológicas en la configuración y concepción de los derechos fundamentales, pues a la larga, ha primado la concepción liberal, a partir de la cual se ha sostenido que los derechos sociales no son de índole fundamental, y por ende, colisionan con aquellos que sí pueden ser considerados como *verdaderos*, pero esto no es cierto, como se ha sostenido los derechos se complementan y refuerzan entre sí.

### **2.3.5 En conclusión: los derechos sociales son derechos fundamentales**

Lo presentado en el acápite precedente permite evidenciar que lo que se esgrime como argumentos para demostrar la no naturaleza de derechos fundamentales de los derechos sociales en verdad corresponde más bien a falacias. En primer lugar se abordó el referido a los problemas de vaguedad y contenido indeterminado, y se mostró que estos no son exclusivos de las normas jurídicas que contienen derechos sociales, sino que son un rasgo común del Derecho, que se ha hecho más evidente desde mediados del

---

<sup>588</sup> Ricardo GARCÍA MANRIQUE, “Los enemigos ocultos de los derechos sociales.” Op. Cit., p. 69.

Siglo XX con la constitucionalización de los derechos fundamentales.

La indeterminación y vaguedad reflejan una intención del Constituyente en dar libertad al Legislador, para que este a su vez dote de contenido los derechos establecidos en el articulado constitucional. Ahora bien, lo que ocurre en la práctica es que este Legislador opera desde tendencias ideológicas mayoritarias que son hostiles a los derechos sociales, y su labor de legislar se pospone *ad eternum*, pues además el contenido constitucional de los derechos sociales *es muy vago*, y así se perpetúa un círculo vicioso de inacción.

Otro de los aspectos denotados es que parte de los problemas de desarrollo de los derechos sociales se encuentra en la poca institucionalidad que les acompaña, en comparación con los derechos *tradicionales*. Por ejemplo, para desarrollar el derecho a la tutela judicial es usual que en los Estados existan varias jurisdicciones, cada una con diversidad de despachos, de varias jerarquías, y con competencias diferenciadas, que conocen de los diversos litigios que se producen en la vida diaria; además, existen entidades que fungen la función de Ministerio Público y otras tantas como las Defensorías o los Ombudsman que velan por el recto desarrollo de los procesos y en algunos casos de la representación de las personas sin capacidad económica; incluso en varias partes existen *escuelas* en donde jueces/as y fiscales se capacitan.

Piénsese ahora en el derecho al trabajo o a la salud. En muchas partes del mundo no existe una estructura institucional tendiente a brindar las prestaciones necesarias para desarrollarlos, se indica por ejemplo que crearlas sería muy costoso, y mantenerlas lo sería aún más; en otros casos se sostiene que solo deberían garantizarse unas prestaciones mínimas a grupos socialmente vulnerables pero no a toda la población, pues “no es justo que quien goza de una condición favorable se beneficie de una prestación por la que puede pagar”<sup>589</sup>, y no se debe olvidar que en los lugares en que existe dicha estructura se tiende a desmontarla *so pretexto* de las crisis económicas. De nuevo, el trasfondo es ideológico más que de imposibilidad económica y jurídica.

Aunadas a estas falacias se encuentra la de *suma cero*, de acuerdo con la cual ampliar el catalogo de derechos, y sus correspondientes garantías, es poner en riesgo de extinción a los derechos clásicos, que sí son verdaderos derechos. Creo que no hace falta

---

<sup>589</sup> Esta opinión es vertida por el economista Carlos Williamson en el artículo de opinión “Derechos sociales” en <http://fw.to/QWNjm8e>. Consultado el 20 de septiembre de 2016.



reiterar mis consideraciones sobre este punto, salvo para recalcar que los derechos están *interrelacionados, son interdependientes e indivisibles*, y por ende la afectación de uno de ellos repercute en otros: la falta de libertad de expresión daña la participación política, el derecho a la salud afecta el rendimiento académico y a largo plazo a la democracia, la falta de tutela judicial efectiva puede afectar el derecho al trabajo, y así sucesivamente.

Se debe tener en cuenta también que todos los derechos no están compuestos solo por una faceta prestacional o una de abstención, por lo que resulta equivocado, o por decir lo menos, sin rigor jurídico, argüir que los derechos civiles y políticos son de abstención, mientras que los sociales son prestacionales y que dado que su contenido no ha sido desarrollado en un sistema jurídico, estos nunca son justiciables.

Esta última es una dificultad real pero no está relacionada con la estructura y naturaleza jurídica de los derechos, sino con otros factores como la falta de garantías secundarias y primarias, la falta de preparación de jueces y la referida hostilidad ideológica. Aún falta camino por recorrer sobre este tema pero es falso que no se pueda reivindicar ninguna faceta de los derechos sociales en estrados judiciales, pues cuando menos se pueden reclamar sus facetas de abstención y los mínimos vitales.

Habiendo revisado el panorama y teniendo presente que los derechos, de cualquier *generación*, sirven a la dignidad humana, se basan en la igualdad, la libertad y la solidaridad, y buscan que la persona logre vivir una vida lo más autónoma posible, es lógico llegar a la conclusión de que todas aquellas condiciones que permiten el mantenimiento material e intelectual de la vida humana tengan la categoría de derechos y sean sustraídas del tráfico mercantil, lo contrario haría que estos se convirtieran en privilegios. Dice el profesor Ansuátegui que ello ocurre “si sólo unos y no todos tuvieran asegurado el acceso a [determinados] bienes o la satisfacción de [ciertas] necesidades”.<sup>590</sup>

## 2.4. GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Para empezar este tema vale la pena retomar lo esbozado en anteriores páginas en cuanto a la diferencia entre los conceptos: derecho y garantía. De acuerdo con Christian

---

<sup>590</sup> Francisco Javier ANSUÁTEGUI, “Argumentos para una Teoría de los derechos sociales”, en *Revista de Derecho del Estado*, N° 24, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 59.

Courtis: “La noción de garantía se refiere, justamente, a aquellos métodos, mecanismos o dispositivos, que sirven para asegurar la efectividad de un derecho. Se trata de instrumentos para que ese derecho declarado en el papel se convierta en un derecho operable, ejecutable, exigible.”<sup>591</sup>

Se indicó en el anterior apartado, que los derechos sociales son verdaderos derechos fundamentales, ello implica reconocerles el trato de derechos subjetivos que merecen, por lo que en este aparte es procedente entrar a dilucidar cómo ocurre esto. Se explicará entonces qué son las garantías, pues se entiende, desde la propuesta Ferrajoliana, que el problema de exigibilidad de los derechos radica no ya en que no sean normas jurídicas exigibles, sino en la falta de estipulación de sus mecanismos de reforzamiento.

Una vez revisado este asunto se abordarán los diferentes tipos de garantías que existen, pues ello permitirá entender de mejor forma la diferencia entre derecho y garantía, e identificar los varios mecanismos que existen, tanto a nivel interno como del derecho internacional. Así pues, se confirmará de nuevo, que algunos de los problemas más serios de los derechos sociales son más bien falencias en el entendimiento de su sistema de garantías. También se hará énfasis en el rol de sus titulares, es decir de las personas mismas, como un tipo especial de garantía de los derechos fundamentales, tanto en el marco institucional como fuera de él.

Por último se revisará el tema de la justiciabilidad de los derechos sociales. Este tópico, casi tabú entre los y las juristas, es de vital importancia para entender cómo funcionan las garantías con relación a los derechos sociales, y así evidenciar que en la actualidad sí es posible acudir a la jurisdicción para obtener su protección, pero no solo los tribunales tienen un papel importante al respecto, pues se tendrá oportunidad de analizar que la Administración también es un espacio idóneo para tal fin.

En general, se podrá apreciar que la exigibilidad de los derechos sociales no es una cuestión de *cortes entrometidas*, sino un asunto de responsabilidad compartida entre las varias ramas del poder público y sus titulares.

---

<sup>591</sup> Christian COURTIS, “Los derechos sociales en perspectiva: La cara jurídica de la política social”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Op. cit., p. 196.

### 2.4.1. Qué son las garantías

Para definir que es una garantía es importante primero dedicar algunas líneas a los dos equívocos comunes al referirse a esta institución jurídica. Carolina Silva Portero<sup>592</sup> pone de manifiesto que el primer equívoco es utilizar las palabras *derecho* y *garantía* en forma sinónima, y el segundo, entender en un sentido unívoco *garantía* como responsabilidad del Estado al hablar de derechos fundamentales.

El primero proviene de la utilización en el lenguaje común y cotidiano de las dos palabras, y de ambiguas estipulaciones constitucionales bajo la fórmula *se garantiza el derecho a*. Más adelante se presentarán en detalle las diferencias entre las dos instituciones jurídicas, pero sea dicho desde ya que el derecho se relaciona con “la expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)”<sup>593</sup>, mientras que la garantía es “toda obligación correspondiente”<sup>594</sup> a dicho derecho.

En parte se puede achacar este equívoco también al olvido en que la Teoría General del Derecho mantuvo esta institución, pues aunque no le es ajena, se restringió al derecho civil. Explica Luigi Ferrajoli,<sup>595</sup> que “[p]or *garantía* se entiende, en el lenguaje de los civilistas, un tipo de instituto, derivado del derecho romano, dirigido a asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la tutela de los correspondientes derechos patrimoniales.”<sup>596</sup> Identificándose las garantías reales y las personales, como mecanismos para dicho reforzamiento.

Con la introducción de un neologismo a mediados del siglo XX ocurrió una resignificación del término con relación a los derechos fundamentales. La palabra *garantismo* surge para referirse a los fenómenos de garantías constitucionales y de garantismo penal (propiamente dicho).<sup>597</sup> Las primeras debido al movimiento de constitucionalización ocurrido desde principios del siglo XX en varios países y que trajo como consecuencia constituciones rígidas e inclusión de los derechos fundamentales en

---

<sup>592</sup> Carolina SILVA PORTERO, “Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción?”, en Ávila, Ramiro (Comp.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 56 y 57

<sup>593</sup> Luigi FERRAJOLI, *Democracia y Garantismo*, Op. Cit., p. 63.

<sup>594</sup> *Ibid.*

<sup>595</sup> *Íd.*, p. 60 y 61. El autor indica este mismo hecho en su libro *Principia Iuris. Teoría del Derecho y la Democracia*, Vol. I, Trotta, Madrid, 2011, p. 630. Pero en allí agrega que de acuerdo con el método axiomatizado (deóntico) en el que fundamenta su trabajo, se trata no solo de una categoría general para la Teoría del Derecho, sino de un término primitivo, que define como “la obligación o la prohibición correspondiente a las expectativas positivas y negativas” (derechos).

<sup>596</sup> Luigi FERRAJOLI, *Democracia y Garantismo*, Op. Cit., p. 60.

<sup>597</sup> *Íd.*, p. 61

los textos constitucionales.<sup>598</sup> En el segundo caso surge como respuesta teórica de la cultura jurídica italiana de izquierda de la segunda mitad de los años setenta del Siglo XX, a la jurisdicción y legislación de emergencia que proliferaron por ese entonces y debilitaron aún más el sistema de garantías procesales en Italia.<sup>599</sup>

El segundo equívoco proviene del derecho internacional y se produce por entender que el Estado es el único obligado a *garantizar* los derechos fundamentales, forzando así una sinonimia con los términos *realizar* y *normar*, sin diferenciar estas categorías y excluyendo por ejemplo las garantías no institucionales.

Un análisis más detallado permite evidenciar que los Estados tienen una serie de obligaciones más extensa con relación a los derechos fundamentales, y que estas involucran a su vez un complejo entramado de garantías primarias y secundarias a nivel interno, por lo que no es adecuado referirse a *garantizar los derechos*, sin al menos tener conciencia de la diferencia que ello supone en los contextos internacional y nacional, y de que la garantía de derechos incluye también abstenciones.

Se mencionó que el derecho se diferencia de la garantía porque se relaciona con la expectativa jurídica (positiva o negativa), mientras la segunda se refiere a los mecanismos para reforzar su cumplimiento; adicionalmente se indicó que el neologismo ‘Garantismo’ permitió la resignificación y ampliación del uso de dicho término, por ello, indica Luigi Ferrajoli que este “resulta extensible, como paradigma de la teoría general del derecho, a todo el campo de los derechos subjetivos, ya sean éstos patrimoniales o fundamentales, y a todo el conjunto de poderes, públicos o privados, estatales o internacionales.”<sup>600</sup>

Esto porque dentro de su teoría el autor entiende que es vital limitar el poder, cualquiera que sea su fuente y quien lo ejerza, pues no existen los “poderes buenos” que se autolimiten y cumplan espontáneamente las normas jurídicas, por lo que se requieren

---

<sup>598</sup> Rodrigo UPRIMNY y César RODRÍGUEZ, “Constitución, modelo económico y políticas públicas: una propuesta de integración a propósito del debate sobre el derecho a la educación en Colombia”, en Arcidiácono Pilar; Espejo Yaksic, Nicolás; Rodríguez, César (Eds.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Editorial Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, UDP, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Bogotá, 2010, p. 243. Explican los autores que se pueden diferenciar al menos cuatro tipos de constituciones dependiendo de su contenido (formal-procedimental o material) y fuerza vinculante (documento político o normativa), pero que la más común en la actualidad es la que incluye valores, derechos y tiene plena fuerza normativa.

<sup>599</sup> Luigi FERRAJOLI, *Democracia y Garantismo*, Op. Cit., íd., p. 61.

<sup>600</sup> Luigi FERRAJOLI, *Democracia y Garantismo*, Op. Cit., p. 62.

instituciones jurídicas de apoyo, previstas para evitar la violación del derecho.<sup>601</sup>

En efecto, en términos generales se puede decir que garantía es “toda forma de *protección* a un derecho”,<sup>602</sup> pero para ser más exactos, y teniendo presente que su naturaleza es procesal o instrumental, se entenderá que garantía es “todo mecanismo para hacer efectivo un derecho”.<sup>603</sup> Así, los derechos existen independientemente de sus garantías, y no dejan de existir porque no cuenten con ellas, lo que queda en duda entonces es la efectividad de su ejercicio.<sup>604</sup>

#### 2.4.2. Tipologías

A continuación se presentan las principales tipologías de garantía, y hacerlo permitirá evidenciar porqué el problema de los derechos sociales radica ya no en seguir debatiendo si son verdaderos derechos fundamentales o no, sino en la adaptación y resignificación de los sistemas jurídicos, sociales y políticos para dar respuesta al cambio suscitado con la introducción de estos derechos, y la necesaria aparición de garantías que se adapten a ellos.

##### a) Tipología(s) de Luigi Ferrajoli: garantías primarias y secundarias

Antes de presentar la tipología de garantías elaborada por Luigi Ferrajoli, y que es clave para entender la propuesta del presente trabajo, es importante mencionar los dos principios garantistas que sugiere el autor para la teoría general del derecho, haciendo extensivas sus reflexiones sobre el garantismo penal en *Derecho y Razón*<sup>605</sup> a los derechos sociales.

Él identifica los principios de alcance general, de *legalidad* y de *jurisdiccionalidad*, señalando que el primero hace referencia a que las prestaciones que introducen los derechos sociales requieren que las leyes prevean “unívocamente sus presupuestos vinculantes e identifiquen con claridad sus órganos y procedimientos.”<sup>606</sup> En su concepto esto es relativamente fácil para algunos derechos sociales, por ejemplo el

---

<sup>601</sup> Ibid. Ver también al respecto su libro: *Poderes Salvajes. La Crisis de la Democracia Constitucional*, Madrid, Trotta, 2011.

<sup>602</sup> Carolina SILVA PORTERO, “Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción?”, Op. Cit., p. 58.

<sup>603</sup> Íd., p. 66.

<sup>604</sup> Íd., p. 62.

<sup>605</sup> Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 917 y 918.

<sup>606</sup> Ibid.

derecho de subsistencia, mientras que para otros resulta mucho más difícil, por ejemplo el trabajo o la vivienda, ya que suponen la introducción de legislación social.<sup>607</sup>

El segundo principio hace referencia a la accionabilidad en juicio de los derechos que han sido lesionados, por comisión u omisión.<sup>608</sup> Ferrajoli no lo analiza a profundidad en *Derecho y Razón*, pero allí deja sentada su postura sobre la necesidad de reformar el sistema de legalidad civil y administrativa, para que los derechos sociales dejen de ser expectativas y puedan ser exigidos como derechos.<sup>609</sup>

Ahora bien, en obras posteriores Luigi Ferrajoli<sup>610</sup> desarrolla el tema y clasifica las garantías en *primarias o sustanciales* y *secundarias o jurisdiccionales*. Las primeras son las obligaciones de prestación o prohibiciones de lesión que corresponden a los derechos subjetivos; las segundas, las obligaciones de los órganos judiciales de imponer coactivamente el cumplimiento de los derechos subjetivos protegidos, una vez las garantías primarias han fallado o su aplicación ha sido defectuosa.<sup>611</sup>

Como se observa, el autor desarrolla los principios de legalidad y jurisdiccionalidad dándoles el nombre de garantía primaria y secundaria respectivamente. En este último caso subdivide además las secundarias en garantías de *responsabilidad*, si se trata de actos ilícitos (o actos informales), y de *anulabilidad*, cuando la violación de derechos la produjo un acto inválido (o acto formal), y señala,

---

<sup>607</sup> Ibid.

<sup>608</sup> Ibid.

<sup>609</sup> Ibid. Como se verá a continuación, este tema fue desarrollado por Luigi FERRAJOLI en obras posteriores de manera exhaustiva, a partir de la construcción teórica de la diferencia entre derecho y garantía, uno de los postulados eje de su trabajo y que se inició alrededor de 1996-1997 con la redacción de *Principia Iuris*. Uno de los primeros trabajos en que presenta el método axiomático y la diferencia entre garantías y derechos es “Expectativas y Garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho”, en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho* N° 20, 1997 (Trad. de Ángeles Ródenas y Juan Ruiz Manero). Sin embargo, en dicho texto el autor indica que es un tema que ha trabajado rudimentariamente desde 1965, y que culminó en 2007 con sus tres tomos de *Principia Iuris*.

<sup>610</sup> Luigi FERRAJOLI, *Democracia y Garantismo*, Op. Cit., p. 64. También: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Op. Cit., p. 180 a 196; y *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2006, p. 59 a 72 y 15 a 35. Aunque el autor ya había desarrollado esta tesis en 1997 en su trabajo publicado en España en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho* N° 20, pero de manera algo confusa, y presenta la versión acabada en *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Vol. 1, Op. Cit., p. 624 y ss.

<sup>611</sup> Ya en 1997 el autor indicaba precisamente que la diferencia entre garantías primarias y secundarias se encontraba en el hecho de que “la obediencia de las primeras equivale siempre a la satisfacción en vía primaria de los derechos garantizados, la de las segundas entra en acción eventualmente, como remedio prestado por el ordenamiento para prevenir o reparar la desobediencia de las primeras por obra de actos ilícitos o de actos inválidos.” (“Expectativas y Garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho”, *Doxa* N° 20, Op. Cit., p. 250).

En el mismo sentido se expresa en *Principia Iuris*, Vol. 1, Op. Cit., p. 631-633, 637, pero esta vez agrega respecto a la violación de las garantías primarias, que los actos ilícitos son actos *informales*, mientras los actos inválidos son *formales*.

que en sentido lato las garantías secundarias son garantías reparadoras “dirigidas a eliminar o reducir el daño producido o a intimidar y castigar a los responsables.”<sup>612</sup> Esta característica de las garantías secundarias, según el autor, es un signo distintivo del derecho positivo frente a otros sistemas normativos, pues la efectividad se asegura por medio de la coerción y el uso regulado de la fuerza.<sup>613</sup>

Por otra parte, las garantías secundarias de anulabilidad solo serán *reparadoras*, mientras que las garantías secundarias de responsabilidad serán de tres tipos: (1) reparadoras – ejecución de la obligación debida; (2) semi-reparadoras – resarcimiento del daño; y (3) no reparadora – reparación en sentido simbólico, típico caso de las sanciones penales.<sup>614</sup>

En este punto el autor revela un asunto clave de su construcción teórica, pues considera que las garantías secundarias, inclusive siendo del tipo reparador, no consisten jamás en la “inmediata satisfacción o no violación de esos derechos, o sea, en la obediencia de los deberes correspondientes a los mismos, sino en la garantía de la anulabilidad de los actos inválidos y de la responsabilidad por los actos ilícitos que constituyen las desobediencias de sus garantías primarias”<sup>615</sup>.

No resulta muy adecuada esta consideración de Ferrajoli si se tiene en cuenta que los derechos fundamentales son irrenunciables, por lo que la forma de reparar una violación sería más bien en la mayoría de casos el restablecimiento del disfrute del derecho, y la anulación o responsabilidad consistirán en la coacción a dar inmediata satisfacción del derecho vulnerado; en algunos casos será fácil, piénsese por ejemplo en un derecho económico como la jubilación, pero en otros, como el derecho a la vida, le asiste razón al autor, pues la garantía secundaria no podrá en ninguna forma devolver el ejercicio del derecho, sino resarcir el daño causado y sancionar al responsable.

En adición a lo anterior, Luigi Ferrajoli<sup>616</sup> identifica dos tipos de garantías primarias: las negativas y las positivas. Las garantías primarias negativas o *liberales* son los límites o prohibiciones impuestos por los derechos de libertad, mientras que las garantías primarias positivas o *sociales*, son los vínculos u obligaciones impuestas por los derechos sociales. En su concepto las violaciones y las satisfacciones de derechos

---

<sup>612</sup> Luigi FERRAJOLI, *Principia Iuris*, Vol. 1, Op. Cit., p. 631, 637.

<sup>613</sup> Íd., p. 632.

<sup>614</sup> Íd., p. 637.

<sup>615</sup> Íd., p. 638.

<sup>616</sup> Luigi FERRAJOLI, *Democracia y Garantismo*, Op. Cit., p. 66 y 67; *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2006, p. 63-66; *Principia Iuris*, Vol. 1, Op. Cit., p. 632-633.



fundamentales estarán siempre relacionadas con la obediencia o desobediencia de los deberes positivos o negativos.

Esta clasificación no resulta muy afortunada por cuanto todos los derechos fundamentales suponen tanto una faceta positiva o prestacional como una faceta de abstención de parte del Estado y de los particulares, pero a efectos pedagógicos sirve para presentar de manera ordenada los tipos de obligaciones que le incumben al Estado. De manera similar, Ferrajoli<sup>617</sup> identifica dentro de las garantías secundarias: el control de constitucionalidad de las leyes y la accionabilidad en juicio de todos los derechos subjetivos, dentro de los que se incluyen claro está, todos los derechos fundamentales.

Tabla 5  
Garantías de acuerdo con Ferrajoli

Tipo de Garantía	Descripción
<b>1. Primarias o sustanciales</b> (Principio de legalidad)	1.1 Negativas - liberales
	1.2 Positivas - sociales
<b>2. Secundarias o jurisdiccionales</b> (Principio de jurisdiccionalidad)	2.1 Anulabilidad: -reparadoras
	2.2 Responsabilidad: -reparadoras -semi-reparadoras -no reparadoras

Fuente: Luigi Ferrajoli<sup>618</sup>  
Elaboración propia

Es preciso en este momento señalar la principal garantía primaria, que no es otra, que la constitucionalización de los derechos fundamentales. El autor indica que incluir los derechos fundamentales en una norma jurídica, aún cuando no se incluyan en ella de manera específica sus garantías primarias, es decir, la obligación o prohibición, los titulares y los obligados, es precisamente una previsión jurídica, valga la tautología, y por tanto, no puede ser ignorada, pues se trata de una expectativa que jurídicamente existe. En consecuencia el problema de falta de garantías de un derecho se reduce a la existencia de lagunas en el sistema jurídico:

“De ahí el papel crítico y proyectivo de nuestras tesis, como *principia iuris* aunque no *in iure*, frente al derecho existente. A partir de ellas las carencias de garantías primarias –o sea, de la previsión normativa de los deberes positivos o negativos

<sup>617</sup> Luigi FERRAJOLI, *Democracia y Garantismo*, Op. Cit., p. 66.

<sup>618</sup> Luigi FERRAJOLI, *Principia Iuris*, Vol. 1, Op. Cit., p. 631 y ss.



correspondientes, en particular, a los derechos constitucionalmente establecidos, así como de los sujetos específicamente vinculados por ellos— resultan en efecto configuradas (...) como indebidas *lagunas* que deben ser colmadas a través de interpretaciones o decisiones adecuadas a fin de que no se resuelvan en otros tantos factores de ineffectividad”<sup>619</sup>

Las garantías, en palabras del autor, “realizan a nivel teórico la *completitud deóntica* del sistema”<sup>620</sup>, por lo que su ausencia simplemente vicia al sistema jurídico de una *laguna deóntica*, que debe ser llenada bien por el intérprete, bien por el legislador.<sup>621</sup> Será una *laguna primaria* si falta la estipulación de la obligación o prohibición que constituye la garantía primaria del derecho subjetivo, mientras que será *laguna secundaria*, si lo que falta es el establecimiento de un órgano obligado a aplicar las garantías secundarias.

Pero Ferrajoli hace una diferencia adicional, pues para él las lagunas secundarias no son lagunas deónticas sino *lagunas jurídicas*, pues se trata de la falta de presupuestos normativos u organizativos de las garantías secundarias, tales como: (1) previsión normativa de sanciones para los actos ilícitos y de anulación para los actos inválidos, (2) la existencia de órganos encargados de su aplicación, (3) el poder o deber de actuar a tal fin en juicio.<sup>622</sup>

Entonces la forma de solucionar las lagunas deónticas es lógica, pues se trata de normas jurídicas imperfectas pero vinculantes —en este caso expectativas sin imperativos—, cuyos sujetos titulares e imperativos correspondientes se pueden deducir a través de la interpretación. Sin embargo, las lagunas jurídicas son lagunas de Derecho positivo, por lo que no se pueden implicar lógicamente por las expectativas garantizadas, sino que deben ser producidas por actos normativos de Derecho positivo.<sup>623</sup>

Agrega el autor que la laguna es lamentable pero que no resta valor jurídico al derecho, y que la solución — sencilla por demás — está en que el Legislador cumpla su obligación de llenarla.<sup>624</sup> En lo referido a las lagunas secundarias, queda la sensación de que el autor evade dar una respuesta concluyente, pues se limita a expresar que en ese

---

<sup>619</sup> Íd., p. 636.

<sup>620</sup> Luigi FERRAJOLI, “Expectativas y Garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho” Op. Cit., p. 251.

<sup>621</sup> Ibid.

<sup>622</sup> Luigi FERRAJOLI, “Expectativas y Garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho” Op. Cit., p. 253.

<sup>623</sup> Ibid.

<sup>624</sup> Luigi FERRAJOLI, *Democracia y Garantismo*, Op. Cit., p. 73

aspecto no se puede hablar de normas implícitas, y diluye la cuestión indicando que el asunto no es objeto de análisis de la teoría sino de la dogmática jurídica, y que en tal caso, se deberá exponer la laguna y el intérprete deberá llenarla;<sup>625</sup> pero luego es enfático en denunciar que la violación de las expectativas (o derechos) por parte de los poderes públicos es una *antinomia* y que como tal, es obligatorio sancionar los *actos ilícitos* o anular los *actos inválidos*.<sup>626</sup>

En *Principia Iuris* el autor parece haber decantado su postura con relación a las lagunas secundarias, resignándose a que no son solucionables mediante la interpretación. Si bien menciona que se trata de casos excepcionales, aunque sean regla general en el derecho internacional, se nota un cierto tono pesimista, en especial cuando utiliza el ejemplo de los derechos sociales y su falta de accionabilidad. Aquí el autor incurre en una grave contradicción, pues él mismo indica que no se pueden mezclar los planos teórico y dogmático, y al claudicar en su esfuerzo teórico describiendo la realidad de los sistemas jurídicos, está desconociendo su postulado fundamental de que los derechos aun cuando en ocasiones estén positivizados de manera imperfecta, no dejan de ser vinculantes a todo el sistema jurídico y a sus operadores.<sup>627</sup>

Si bien le asiste razón al autor en este punto pues no se pueden mezclar los planos óntico y deóntico, las lagunas secundarias son un aspecto que un teórico no debe olvidar y debe exponer con preocupación, pues no de otra forma se influirá de forma favorable en la dogmática (normas de un ordenamiento concreto). Aunque no exista en todos los ordenamientos jurídicos una figura única de solución de esta dificultad, es usual que los legisladores hayan previsto en los códigos civiles cláusulas residuales de competencia, e inclusive, la constitucionalización en los siglos XX y XXI va acompañada de la expresa previsión de acciones constitucionales que permitirían dar una respuesta a este tipo de problemas, por lo que no se estaría en la indefinición total o en el borde del abismo de las normas implícitas para integrar por vía de interpretación competencias o procedimientos judiciales no reglados.

---

<sup>625</sup> Luigi FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 193 a 195. Aunque en *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Op. Cit., p. 62, el autor ya no se refiere al intérprete, solo indica que el legislador debe colmar la laguna, pero expresa que este puede ser: ordinario, constitucional o internacional (íd. p. 63), sin aclarar si entiende incluidos o no a los Tribunales Constitucionales en esta categoría.

<sup>626</sup> Luigi FERRAJOLI, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Op. Cit., p. 63 y “Expectativas y Garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho” Op. Cit., 253.

<sup>627</sup> Luigi FERRAJOLI, *Principia Iuris*, Vol. 1, Op. Cit., p 638.

De hecho, la ‘positividad’ del Derecho es un tema que Luigi Ferrajoli no pierde de vista, y por tal razón, sostiene que no se pueden confundir los derechos y las garantías, pues hacerlo, supone: “anular una buena parte de las más importantes conquistas del constitucionalismo del siglo XX [y contradice] la tesis de la naturaleza *positiva* –o *nomodinámica*, en el léxico kelseniano– del derecho moderno.”<sup>628</sup> En su concepto, sostener que un derecho no garantizado no existe, aunque exista la norma que lo garantiza, es una tesis poco iuspositivista.<sup>629</sup>

Una última clasificación que se puede extraer de la tipología elaborada por Luigi Ferrajoli, es la de *garantía débil y fuerte*, y los correlativos derechos débiles y fuertes.<sup>630</sup> Explica el autor que cuando existen normas jurídicas imperfectas, es decir, que solo introducen las expectativas de obligación o prohibición sin las respectivas garantías primarias y/o secundarias, el legislador está en la obligación de crear normas jurídicas para llenar las lagunas (primarias o secundarias) existentes, esta obligación es la *garantía débil*; por el contrario, se hablará de garantías fuertes si el legislador introdujo tanto las garantías primarias y secundarias, lo que a la vez permitirá hablar de derechos fuertes en este último caso, y de derechos débiles en el primero.

Por último, vale la pena señalar el problema del abismo entre norma y realidad que el autor describe así: “entre los derechos solemnemente proclamados en las diferentes cartas constitucionales y la desoladora ausencia de garantías que los aseguren, resulta contraria al derecho positivo vigente y se debe, principalmente, no ya a dificultades técnicas sino a la permanente falta de disposición de los poderes – cualesquiera que sean – a sufrir el coste de los límites, las reglas y los controles.”<sup>631</sup>

Es visible entonces que se trata no solo de un problema jurídico de técnica legislativa, sino también de política, pues se evidencia la hostilidad de ciertos poderes a los límites fijados por el Derecho y la Política. Se tratará más adelante sobre este tema que afecta en la actualidad tanto a la garantía de los derechos, como a la existencia misma de las normas jurídicas que los contienen.

---

<sup>628</sup> Luigi FERRAJOLI, *Democracia y Garantismo*, Op. Cit., p. 73.

<sup>629</sup> Ibid. En el mismo sentido se expresa el autor en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 181.

<sup>630</sup> Luigi FERRAJOLI, *Principia Iuris*, Vol. 1, Op. Cit., p. 654

<sup>631</sup> Luigi FERRAJOLI, *Democracia y Garantismo*, Op. Cit., p. 75

### b) Tipología de Gregorio Peces-Barba<sup>632</sup>

Para el profesor Gregorio Peces-Barba las garantías de los derechos son un “conjunto coherente de mecanismos de defensa, que no se agotan en el ámbito de cada país sino que tienen su continuación en otros, a través de diferentes instancias supranacionales.”<sup>633</sup> Por esta razón, presenta una clasificación de las garantías tomando en cuenta si se trata de mecanismos internacionales o internos. Se trata de unas consideraciones para el sistema jurídico español, que bien pueden hacerse extensivas para los sistemas jurídicos de derecho occidental.

En cuanto a los internos, los divide en dos categorías: (1) garantías generales, para referirse a los principios que definen el Estado y permiten mantener y caracterizar una visión integral de los derechos, y (2) garantías específicas, que son los mecanismos de protección jurídica de los derechos, propiamente dichos. A continuación se presenta la figura N° x, en donde se resume esta clasificación.

Tabla 6 Tipos de garantías según Gregorio Peces Barba		
Tipo de garantía	Descripción	
I. NACIONALES		
A. GENERALES	1. Estado de Derecho 2. Estado democrático 3. Estado social	
B. ESPECÍFICAS	1. De regulación	a. Desarrollo y aplicación b. Reforma
	2. De control y fiscalización	
	3. De interpretación	
	4. Internas al Derecho	
	5. Judiciales	1. Garantías sobre la regulación de los derechos a. Abstractas (recurso inconstitucionalidad) b. Concretas (cuestión de inconstitucionalidad)
		2. Garantías del ejercicio y disfrute a. Amparo judicial ordinario b. Amparo constitucional
II. INTERNACIONALES		
A. UNIVERSALES	1. Vía de control por informes	
	2. Vía de control por medio de la reclamación	
B. ACUERDOS REGIONALES	Sistema Europeo de Derechos Humanos. Sistema Interamericano de Derechos Humanos Sistema Africano de Derechos Humanos	
Fuente: Gregorio Peces-Barba <sup>634</sup> Elaboración propia		

<sup>632</sup> Gregorio Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 501 a 568.

<sup>633</sup> Íd., p. 501.

<sup>634</sup> Íd. p. 501 a 568.

En cuanto al primer grupo de garantías, las nacionales o internas, el Profesor Peces-Barba identifica un primer subgrupo al que denomina *Generales*, en el que ubica aquellos elementos que definen al Estado. Así, incluye en primera instancia los mecanismos del ordenamiento jurídico (español) que constituyen un bloque garantista compuesto por: (i) aplicabilidad directa de los derechos del capítulo II del título primero; (ii) necesaria regulación de los derechos a través de una Ley; (iii) respeto del contenido esencial; y (iv) protección jurisdiccional, constitucional por recurso de amparo y ordinaria, a través de procedimiento preferente y sumario. Aunque no desarrolla completamente la idea, el profesor incluye también, de manera genérica, a las normas penales como mecanismos de garantía de los derechos fundamentales.

Ahora bien, luego de esta enunciación indica como otras garantías generales, a los principios que caracterizan al Estado. En primer lugar refiere al *Estado de Derecho*, enfatizando cuatro aspectos: (a) la limitación del poder a través del Derecho y los derechos fundamentales, (b) el principio de separación de poderes, (c) el principio de legalidad y gobierno de las leyes, tanto en la faceta abstencional de los poderes públicos como en la positiva, o de adecuación al Derecho y los derechos, y (d) la existencia de una obligación jurídica de obediencia, es decir, la vinculación de los poderes públicos y de los particulares a las normas jurídicas.

En segundo lugar está el *Estado democrático*, en donde se encuentran la participación y el pluralismo político. Esto implica por una parte, la presencia de un poder legislativo que representará la voluntad de los ciudadanos, en especial en cuanto al reconocimiento, regulación y significado de los derechos; y por otra parte, la existencia de los derechos de participación política. En tercer y último lugar de este subgrupo estaría el *Estado social*, refiriéndolo a la actuación positiva del Estado para realizar derechos fundamentales, en especial los sociales, promoviéndolos, removiendo los obstáculos que impidan su plenitud, y facilitando la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Dentro de las garantías nacionales también ubica unos mecanismos que denomina *Específicos*, y dentro de los cuales están las garantías: (i) de regulación, refiriéndose por estas al principio de legalidad en sentido amplio. Se presentan en dos dimensiones, el desarrollo y aplicación de las normas jurídicas sobre derechos fundamentales, y su reforma, mediante procedimientos cualificados diferentes de los de las otras normas; (ii) de control y fiscalización, pues debe haber una supervisión de la

incidencia de la actividad de los entes administrativos en los derechos fundamentales y libertades públicas.

Para el caso español el profesor Peces-Barba indica que se trata de supervisión parlamentaria, y que de manera expresa ha sido confiada al Defensor del Pueblo, pero bien puede entenderse que la supervisión es un aspecto transversal en todos los ordenamientos jurídicos y a todos los poderes públicos, pues como bien ejemplifican Sunstein y Holmes, la policía nunca viola los derechos contenidos en la cuarta enmienda de la Constitución de Estados Unidos (protección contra pesquisas y aprehensiones arbitrarias), por la sencilla razón de que nunca lo contaría.<sup>635</sup>

Este subgrupo se compone además de (iii) garantías de interpretación, es decir, los distintos mecanismos presentes en el Derecho para que la interpretación de las normas se haga en favor del ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales, tanto en el ámbito de los poderes públicos como en el de las relaciones entre particulares. Se debe tener presente que la interpretación normativa debe darse tanto para no trasgredir los derechos, como para promocionar su sentido; además, esta debe darse conforme a dos criterios, el respeto al contenido esencial y la concordancia con los instrumentos internacionales de derechos humanos, empezando por la Declaración Universal de 1948.

De forma relacionada se encuentra el cuarto tipo de garantías específicas, (iv) las internas al Derecho, que consisten en el respeto al contenido esencial de cada derecho. Este funciona en el ámbito de regulación y en el de interpretación de las normas de derechos fundamentales. En cuanto al contenido esencial se puede decir lo siguiente: se refiere a los elementos mínimos que hacen reconocible un derecho y sin los cuales este dejaría de ser tal, tiene valor absoluto, cada derecho tiene uno y, se extrae de consideraciones sistemáticas, pues las constituciones no suelen describir el contenido de manera completa.

El esquema de garantías específicas nacionales se completa con el subgrupo de (v) las garantías judiciales, mediante las cuales se hacen exigibles los derechos ante los tribunales de justicia, ordinarios y constitucionales. Estas se diferencian según se trate de la *regulación* de los derechos y su *ejercicio y disfrute*, aunque en el fondo están interrelacionados. En el primer caso se estaría ante dos tipos de recursos, los de control abstracto (recurso de inconstitucionalidad) y concreto de constitucionalidad (cuestión de

---

<sup>635</sup> Stephen HOLMES y Cass SUNSTEIN, *El costo de los derechos*, Op. Cit., p. 151.

inconstitucionalidad). En el segundo, ante los recursos de amparo ordinario y constitucional de derechos fundamentales.

Tabla 7 Garantías internacionales según Gregorio Peces Barba	
II. INTERNACIONALES	
<b>A. UNIVERSALES</b>  <b>A través de dos mecanismos básicos:</b>	1. Vía de control por informes: al Comité de Derechos Humanos lo relativo al Pacto de derechos civiles y al Consejo Económico y Social (delegó al Comité DESC en 1987) lo referido al PIDESC. Con este mecanismo se ejerce presión política con el objetivo de que los derechos fundamentales no sean transgredidos en ámbito nacional.  2. Vía de control por medio de la reclamación: Pacto de derechos civiles, PIDESC y los respectivos protocolos de ambos. El control consiste en una acción ante el Comité respectivo, interpuesta por: denuncias entre Estados y denuncias de individuos de los Estados partes contra estos.
<b>B. ACUERDOS REGIONALES</b>	Dependerá de las condiciones negociadas para crear cada sistema regional. Adicionalmente, se debe tener presente si el Estado hace parte o no de acuerdos supranacionales que contemplen un tribunal que dirima conflictos de derechos fundamentales y en qué grado puede hacerlo, por ejemplo, la Unión Europea y el cruce de competencias que presenta en la actualidad con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.  Los dos sistemas más desarrollados hasta el momento (sin restar el mérito del relativamente joven Sistema Africano) son el Europeo, cuyos instrumentos fundantes son el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) y sus Protocolos Adicionales, que establecen la existencia y funcionamiento del Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y el Interamericano, establecido con la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) <sup>636</sup> o Pacto de San José, y el Protocolo adicional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales (1988) o Protocolo de San Salvador, y que está regido por dos organismos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Fuente: Gregorio Peces-Barba <sup>637</sup> Elaboración propia	

### c) Tipología de Antonio Enrique Pérez Luño

El profesor Antonio Enrique Pérez Luño<sup>638</sup> indica que existen tres grandes sistemas de positivización constitucional de los derechos fundamentales: en primer lugar están las *cláusulas generales*, que son enunciaciones genéricas de valores o principios básicos, pero sin explicitar su contenido; luego están los *catálogos* que son disposiciones especiales o casuísticas que pormenorizan el contenido de los derechos fundamentales, y por último se encuentra un *sistema mixto* en el que se combinan el enunciado de los grandes principios o postulados de derechos fundamentales (por lo general en el

<sup>636</sup> Si bien la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 es un antecedente directo del sistema, no tiene fuerza vinculante ni lo estableció.

<sup>637</sup> Gregorio PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 501 a 568.

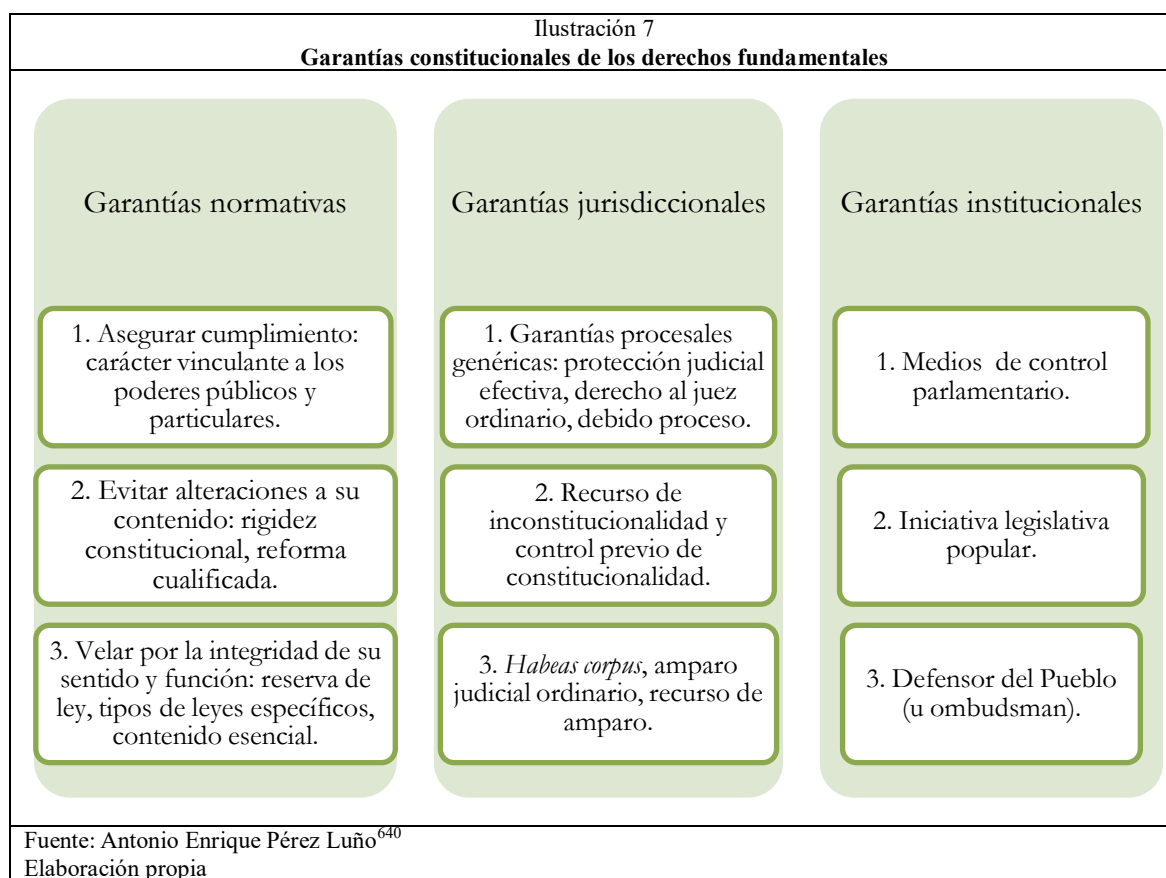
<sup>638</sup> Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 58 y ss.

preámbulo) con un catálogo sistematizado y detallado (en el articulado de la Constitución).

Ahora bien, cuando se detiene a analizar la positivización constitucional en el caso español encuentra que es más compleja que el sistema mencionado, pues identifica hasta cinco instrumentos diferentes:

1. Valores superiores del orden jurídico – político constitucional.
2. Principios constitucionales.
3. Cláusulas generales.
4. Normas específicas o casuísticas.
5. Normas de tutela.

Interesa para el presente estudio hacer hincapié precisamente en las normas de tutela, que son aquellas dirigidas a la garantía de los derechos fundamentales.<sup>639</sup> A continuación se esquematiza la tipología de garantías del profesor Pérez Luño para desarrollar posteriormente los aspectos más relevantes de cada clase.



<sup>639</sup> Ibid., p. 61.

<sup>640</sup> Ibid., p. 66 – 104.



Se debe destacar que el autor desarrolla estos tres grandes bloques de garantías constitucionales luego de hacer la salvedad de que existen dos condiciones que en su criterio son indispensables para los derechos fundamentales: el Estado de Derecho como **garantía política básica**, fuera del cual no existe un régimen de libertades y los presupuestos sociales y económicos que condicionan la realización de todos los derechos.<sup>641</sup>

Sobre este segundo punto se hicieron algunas reflexiones en el primer capítulo, pues no comparto plenamente el criterio de que la realización de los derechos deba estar condicionada de manera absoluta por la situación económica y social, y se ahondará de igual forma en páginas posteriores.

Ahora bien, coincido con el autor en el primer aspecto, pues el Estado de Derecho constituye una *metagarantía* sin la cual no podrían existir las garantías de otra índole y ni siquiera los derechos mismos. Por tal razón, una conclusión a la que se puede llegar luego de esta primera revisión, es que existe una categoría de garantías a la que se puede denominar políticas y que son la condición *sine qua non* para que existan las demás instituciones de aseguramiento de todos los derechos fundamentales.

En cuanto a los bloques de garantías desarrollados por el autor se encuentran los siguientes:<sup>642</sup>

a) Garantías normativas: Dentro de este grupo identifica el autor los mecanismos jurídicos de reforzamiento de las normas constitucionales tales como la eficacia vertical y horizontal de los derechos, la rigidez constitucional y procedimientos de reforma cualificados, el contenido esencial de los derechos, la reserva de ley y tipos especiales de leyes para regular su ejercicio.

Estas garantías se relacionan directamente con la forma en que nacen los derechos fundamentales en un ordenamiento jurídico, por tal razón se trata de garantías de tipo político-jurídico, pues son el reflejo de cómo un poder democrático ha decidido auto-regularse.

b) Garantías jurisdiccionales: Se trata de las acciones procesales que se pueden activar en caso de que se llegue a desconocer los derechos. Habla el profesor Pérez Luño de i) garantías procesales genéricas como la protección judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas, el derecho al juez ordinario predeterminado por la

---

<sup>641</sup> Ibid., p. 66.

<sup>642</sup> Ibid., p. 66 – 104.

ley, el debido proceso y sus distintas fases; ii) el recurso de inconstitucionalidad y el control previo de inconstitucionalidad; iii) garantías procesales específicas tales como el *habeas corpus*, el amparo judicial ordinario y el recurso de amparo.

c) Garantías institucionales: En este grupo se hallan la tutela institucional genérica que recae en el parlamento, la tutela institucional específica de los derechos que está en cabeza del Ombudsman o Defensor del Pueblo y la iniciativa legislativa popular. En el primer caso se trata de las actividades de control, investigación, información y recepción de peticiones individuales y colectivas que realiza el poder legislativo al ejecutivo, y que puede generarle responsabilidades principalmente de tipo político. Con estos mecanismos se busca la fiscalización de las acciones de gobierno para evitar abusos de derechos.

En cuanto al Defensor del Pueblo hay un mecanismo híbrido, pues este supervisa la actividad de la Administración e informa a las Cortes Generales a través de informes ordinarios y extraordinarios, caso en el que actúa políticamente, pero también está facultado para interponer los recursos de inconstitucionalidad y de amparo, en especial en posibles casos de indefensión total,<sup>643</sup> actuando de esta forma como un mecanismo cuasi-jurisdiccional.

Por último, la iniciativa legislativa popular representa para el autor una garantía positiva, pues a diferencia de la tutela parlamentaria y las garantías jurisdiccionales que son mecanismos negativos o de defensa, esta busca impulsar el desarrollo normativo de los derechos fundamentales, y con ello lograr los fines y valores constitucionales.

#### d) Tipología de Gerardo Pisarello

Gerardo Pisarello<sup>644</sup> presenta una tipología más amplia que la de Luigi Ferrajoli, pues entre otras cosas, incluye a los titulares de los derechos como responsables de su protección como se verá más adelante. El autor realiza una clasificación de las garantías de acuerdo con tres criterios, los **sujetos** encargados de su tutela, el **alcance** de los mecanismos de tutela y las **escalas** de actuación de estos mecanismos. Se presenta la

---

<sup>643</sup> Ibid., p. 102-103.

<sup>644</sup> Gerardo PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 111 y ss.; y del mismo autor: "Derechos Sociales y sus Garantías: Notas para una Mirada 'Desde Abajo' ", en Christian COURTIS y Ramiro ÁVILA, *La Protección Judicial de los Derechos Sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, p. 47 y ss.

clasificación en el siguiente esquema:

Tabla 8  
Garantías de los derechos según Pisarello

Criterio de clasificación	Categorías	Descripción
<b>I. SUJETOS</b>	1. Institucionales:  Mecanismos de protección de los derechos encomendados a los poderes públicos.	a. Políticas (Legislativo y Ejecutivo)
		b. Semi-políticas (órganos externos de control político p.e. defensorías del pueblo o tribunales de cuentas)
		c. Jurisdiccionales (tribunales independientes): - Ordinarias – según materia: civil, penal, contencioso-administrativo, laboral o social, etc. - Especiales – tribunales superiores o específicamente constitucionales. Son mecanismos de control y reparación cuando las garantías jurisdiccionales ordinarias son insuficientes o la vulneración viene de actuaciones u omisiones legislativas.
		d. Semi-jurisdiccionales (encomendadas a órganos que actúan como si fueran tribunales – pueden recibir denuncias, tramitar recursos, pero no poseen facultades de sanción jurídica en estricto sentido)
	2. Extra-institucionales o Sociales	Resguardo de derechos en cabeza de sus propios titulares: ciudadanos, individual o colectivamente considerados, o, en general, a todas las personas.
<b>II. ALCANCE</b>	1. Primarias	Las que establecen o delimitan el contenido de los derechos e imponen obligaciones a los poderes públicos y a los particulares.
	2. Secundarias	Técnicas de tutela consistentes en la previsión de controles y de vías de reparación en caso de ausencia o de insuficiencia de las garantías primarias.
<b>III. ESCALAS</b>	1. Estatales	Las que definen órganos, contenidos, obligaciones y mecanismos de control y reparación en el ámbito de los estados centrales.
	2. Infraestatales	Las que los prevén en el ámbito municipal o sub-estatal.
	3. Supraestatales	Las que establecen órganos, contenidos, obligaciones y mecanismos de tutela en ámbitos regionales e internacionales.

Fuente: Gerardo Pisarello<sup>645</sup>

Elaboración propia

La clasificación retoma el trabajo de Luigi Ferrajoli al referirse al criterio de alcance, pues coincide en lo básico con lo dicho por el autor italiano y presentado páginas atrás. Adicionalmente, tiene en cuenta un criterio de escalas, tal como lo hizo el profesor Peces-Barba, lo que permite dimensionar las garantías no solo en el plano nacional, sino también fuera de él; sin embargo, el mérito de Gerardo Pisarello está en haber desarrollado una teoría más amplia con relación al papel que ejercen los *propios titulares de los derechos fundamentales*, ya no solo a través de la puesta en funcionamiento de las garantías secundarias, sino ahora dentro del ejercicio mismo de la democracia participativa y la elaboración de las garantías primarias e institucionales, es

<sup>645</sup> Ibid.

decir, las garantías extra-institucionales o sociales.<sup>646</sup> Ello sucede de la siguiente forma:<sup>647</sup>

1. En la tutela constitucional de los derechos sociales: esto ocurre de dos maneras, una histórica, relacionada con la determinación de la participación de los destinatarios de los derechos en el momento constituyente, y una jurídica, que tiene que ver con la forma en que las personas podrían participar en la reforma de ese contenido.<sup>648</sup>

2. En la tutela legislativa de los derechos sociales: esto sucede a través del ejercicio del sufragio, pues los ciudadanos pueden escoger las opciones políticas que les convenzan, y en algunos casos, les asiste el derecho de revocar el mandato de aquellos representantes que incumplan el “contrato electoral”.<sup>649</sup> En países como España y Colombia, entre otros, les asiste a las personas la posibilidad de presentar directamente: derechos de petición (acción a nivel individual) e iniciativas legislativas (acción a nivel colectivo).<sup>650</sup>

3. En la tutela administrativa de los derechos sociales: Este mecanismo es similar al anterior, pues se refiere a las normas que rigen la administración pública y la prestación de servicios públicos. Aquí se ubican mecanismos de participación ciudadana tales como los presupuestos participativos, que permiten a los ciudadanos incidir en la toma de decisión sobre el destino de los recursos públicos. Resultaría ser un mecanismo útil a la protección de los derechos sociales, pero aún falta camino por recorrer, pues

---

<sup>646</sup> A diferencia de los otros tres autores presentados que hablan de manera general de los derechos fundamentales, Gerardo Pisarello centra su análisis en los derechos sociales, por lo que para respetar su trabajo se hablará en lo sucesivo de estos, aunque las consideraciones presentadas por el autor bien pueden hacerse extensivas a todos los derechos fundamentales.

<sup>647</sup> Gerardo PISARELLO, “Derechos Sociales y sus Garantías: Notas para una Mirada ‘Desde Abajo’”, Op. Cit., p. 35 y 36.

<sup>648</sup> Íd., p. 36 y 37. Explica el autor que en España, la participación social fue más bien poca debido a que la transición a la democracia tuvo un tinte elitista y partidista, lo que probablemente incidió en la positividad debilitada de los derechos sociales y en la imposibilidad de la participación ciudadana directa en las reformas constitucionales: “La determinación del contenido constitucional de los derechos, incluidos los derechos sociales, fue el resultado, más que de una amplia participación social, de un acuerdo entre las élites de los partidos que protagonizaron la transición del régimen franquista a la monarquía parlamentaria. No se votó una asamblea constituyente en sentido estricto, muchas fuerzas políticas y sociales no tuvieron representación adecuada en el debate constituyente y la participación, en realidad, se limitó a un pronunciamiento del tipo todo o nada en el referéndum de ratificación.”

<sup>649</sup> Íd., p. 38

<sup>650</sup> Íd., p. 38 y 39. Indica Gerardo Pisarello que este mecanismo es aún imperfecto, entre otras razones por (1) excluir de tajo a las y los extranjeros, así paguen impuestos y residan de largo tiempo en el país de destino; (2) por los costos económicos que supone una empresa de tal magnitud a sus promotores; (3) por la limitación de materias sobre las que una iniciativa ciudadana podría versar; y (4) los cambios que la iniciativa original puede llegar a sufrir durante su trámite en los parlamentos.

perdura la cultura de una administración secreta, minoritaria, opaca y silente<sup>651</sup>, y que evoca a la abadía de Eco en “El Nombre de la Rosa”.

4. En la tutela jurisdiccional de los derechos sociales: la ausencia de normas, la configuración defectuosa de los derechos fundamentales, la inaplicación o la aplicación arbitraria de estas normas, dan lugar a que se activen las garantías secundarias, es decir aquellas establecidas para controlar, y, reparar vulneraciones de las garantías primarias. Esta labor es encomendada a: (1) entidades de control externo de la administración, por ejemplo Defensorías del Pueblo, Inspectores de Trabajo, divisiones de Fiscalías encargadas de casos de corrupción; (2) órganos jurisdiccionales o tribunales. En este caso, se debe tener en cuenta si se trata de garantías jurisdiccionales ordinarias o especiales.

Este tipo de garantía resulta particularmente importante para la democracia pues, en palabras de Gerardo Pisarello:

“Vistos ‘desde abajo’, los espacios jurisdiccionales también pueden concebirse como espacios de participación y de disputa jurídico-política en los que minorías vulnerables o grupos en situación de urgencia pueden hacer valer argumentos frente a los que los canales representativos, sólo fiscalizables de manera periódica, suelen permanecer blindados. (Cita retirada) De este modo, la garantía jurisdiccional que se expresa en la sentencia o en la decisión de un juez o de un magistrado aparece como un producto inconcebible sin las razones aportadas por las partes a modo de garantía social.”<sup>652</sup>

A nivel colectivo resultan pertinentes y adecuadas para la tutela de los derechos sociales las nuevas formas de litigio, tales como las acciones populares o de interés público, las acciones de grupo (o clase – *class actions*), los recursos de tutela y de amparo colectivo, y la legitimación colectiva reconocida a grupos y asociaciones de consumidores y usuarios de servicios públicos. Con ellas se supera en alguna forma la limitada forma tradicional iusprivatista de litigar los derechos individuales.<sup>653</sup>

Por otra parte, el autor presenta las garantías sociales como vías de acción directa de defensa o reclamo de un derecho social en ámbitos no institucionales. Lo primero que se debe decir, es que las garantías extra-institucionales no equivalen de inmediato a operar contra las instituciones o contra la legalidad.<sup>654</sup> Ejemplo de estas garantías son: (1) la negociación de conflictos colectivos en el ámbito laboral; (2) las demandas de

---

<sup>651</sup> Íd., p. 44 y 45

<sup>652</sup> Íd., p 47 y 48

<sup>653</sup> Íd., p. 48

<sup>654</sup> Íd., p. 49

acceso a bienes comunales; (3) las empresas auto-gestionadas; (4) las asociaciones, mutuales, las cooperativas de producción y consumo; (5) los boicoteos de consumidores y usuarios; (6) las huelgas, manifestaciones, y protestas; y de manera más radical (7) las ocupaciones de inmuebles vacíos (fábricas, viviendas), tomas de espacios públicos, desobediencia civil y resistencia activa, entre otros que se pueden mencionar,<sup>655</sup> y debería agregarse a esta lista un elemento no mencionado por el autor, (8) la presión de la opinión pública.

A efectos de esquematizar en mejor forma este tipo de garantías, conviene presentar de manera complementaria la clasificación de Christian Courtis. Explica el autor que las garantías sociales “consisten en gran medida en el ejercicio de derechos que hacen posible expresarse en la esfera pública y participar en la esfera política.”<sup>656</sup> En su concepto, la conexión especial entre los derechos civiles y políticos y los sociales, es

---

<sup>655</sup> Íd., p. 50 Gerardo Pisarello hace unas consideraciones muy relevantes en su texto sobre los mecanismos de autotutela más radicales y los criterios que permitirían calificar su aceptabilidad. En el mismo sentido, Christian COURTIS, *Derechos sociales, ambientales y relaciones entre particulares*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2007, p. 34 a 36.

Adicionalmente, recuerda que el uso del derecho penal y otras medidas punitivas para sancionar la puesta en funcionamiento de muchos de los mecanismos de garantías sociales es inaceptable, si no se tienen en cuenta estos criterios para ponderar la afectación de derechos fundamentales que están sufriendo las personas reclamantes y la afectación a derechos de terceros. Para no ir muy lejos, vale la pena mencionar el ejemplo de Sevilla – España, de la “Corrala Utopía”, que consiste en la ocupación desde 2012 de un edificio de viviendas antes vacío y abandonado por parte de varias familias desahuciadas de sus viviendas y/o sin ingresos por situación de paro, y el reclamo a las empresas de servicios públicos por restablecer la prestación, pues se encuentra afectada la calidad de vida de los y las ocupantes, en especial los adultos mayores. Esta lucha se perdió pues nunca se restablecieron los servicios públicos, e inclusive se retiraron las tuberías del subsuelo y se quitó una fuente pública de agua de donde se abastecían las familias. Además, se iniciaron varios juicios penales contra las personas que habitan la corrala por el delito de usurpación, y varios miembros de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH) han sido denunciados por desobediencia cuando se han movilizado y protestado. Ver <http://corralautopia.blogspot.com/> Consulta: 18 de noviembre de 2016.

En 2011, durante la 66ª Asamblea General de las Naciones Unidas, el tema de la criminalización de la protesta pacífica fue objeto de pronunciamiento por parte de la *Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos*, Sra. Margaret Sekaggya, en su informe anual (A/66/203), y por parte de la Asamblea misma en la Resolución N° 164 (A/RES/66/164). Esto porque en el seno de NNUU se incluye dentro de la categoría de defensores de derechos humanos no solo a los miembros de Organizaciones No Gubernamentales organizadas, sino también a los grupos de personas que ocasionalmente se reúnen para reivindicar algún derecho fundamental. Este informe resalta que el uso excesivo de la fuerza por parte de agentes estatales se dirigió a grupos de personas en protestas vinculadas a las demandas de reformas democráticas: el movimiento contra la globalización, los procesos electorales, demostraciones en pro de la paz y derechos sobre la tierra, los recursos naturales y reclamos ambientales. Si bien los instrumentos mencionados no hacen referencia a una latitud geográfica específica, se debe indicar que el contexto histórico de aquel momento refería a los movimientos de Indignados de las plazas de España, a las protestas de la “primavera árabe”, especialmente Libia y Egipto, y al movimiento Occupy en Wall Street, a unas pocas calles de donde se realizaban las sesiones respectivas de NNUU.

<sup>656</sup> Christian COURTIS, “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social” en Miguel Carbonell (edit.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta/UNAM, Madrid, 2007, p. 197.

lo que permite que exista incidencia y control ciudadano sobre las políticas públicas destinadas a satisfacer los derechos sociales.

Tienen entonces una especial relevancia libertades como las de expresión, manifestación, prensa, asociación, agremiación, y derechos tales como el de formar partidos políticos, sindicatos, al voto, de petición, entre otros. Además, juegan un importante papel los mecanismos semidirectos de participación: la iniciativa popular, el referéndum, el plebiscito, la consulta previa, la participación en audiencias públicas para toma de decisiones políticas, y los presupuestos participativos.<sup>657</sup>

Por último, se encuentran los mecanismos de auto-tutela, dentro de los que Courtis incluye al derecho a la huelga, los boicots de consumidores, las tomas de espacios públicos, las tomas de tierras y la ocupación de viviendas. Esto porque en ocasiones son la única respuesta que los colectivos de excluidos encuentran para hacer frente al incumplimiento de derechos, y para denunciar la ineficiencia y corrupción.<sup>658</sup>

Si se adopta la tipología de Christian Courtis, existen entonces 3 tipos de garantías sociales, con la particularidad de que casi todas coinciden a la vez con el ejercicio de derechos civiles y políticos (otras son ejercicios de resistencia). La conclusión que resulta lógica en consecuencia, es que las garantías de estos específicos derechos civiles y políticos, son precondition para la realización de los derechos sociales. Se reafirma así la interdependencia e indivisibilidad de los derechos fundamentales.

Tomando como base la clasificación de Courtis, e incluyendo las consideraciones de Gerardo Pisarello se presenta a continuación una propuesta de catalogación de las garantías sociales en la tabla N° 9, según se trate del ejercicio de otros derechos fundamentales o de la puesta en marcha de mecanismos de gestión propia:

---

<sup>657</sup> Ibid.

<sup>658</sup> Íd., p. 198-199.

Tabla 9  
Clasificación de las garantías sociales

Tipo	Expresión	
<b>Ejercicio de otros derechos fundamentales</b>	1. Derechos civiles y políticos	-Libertades públicas: expresión, prensa, manifestación, asociación, agremiación. -Derechos: asociación política, sindicarse, voto, de petición.
	2. Mecanismos de participación –democracia semi-directa	Iniciativa popular, referéndum, plebiscito, consulta previa, participación en audiencias públicas, presupuestos participativos.
	3. Mecanismos de autotutela	a) Ejercicio de derechos: huelga, negociación de conflictos colectivos, b) Desobediencia civil y resistencia activa: boicots de consumidores y usuarios, tomas de espacios públicos, tomas de tierras, ocupaciones de inmuebles vacíos.
<b>Mecanismos de gestión propia</b>	Empresas auto-gestionadas, asociaciones, mutuales, cooperativas de producción y consumo, las demandas de acceso a bienes comunales.	

Fuente: Christian Courtis<sup>659</sup> y Gerardo Pisarello<sup>660</sup>

Elaboración propia

La preocupación de Gerardo Pisarello se centra en los derechos sociales, por lo que pone de manifiesto que España ha sufrido un problema más o menos similar al de los países latinoamericanos, pues a esta clase de derechos fundamentales se les considera “concesiones institucionales más o menos arbitrarias y en todo caso revocables de acuerdo a las opciones del poder político de turno.”<sup>661</sup> Se requiere profundizar aún más en los mecanismos de participación social que permitan poner a funcionar realmente las garantías sociales, pues tomarse las plazas públicas de España un 15 de mayo ha sido socialmente simbólico pero jurídicamente insuficiente.

Vale la pena resaltar la advertencia hecha por Gerardo Pisarello, cuando se refiere a la exigibilidad de los derechos sociales, y explica que una reconstrucción de la idea de

<sup>659</sup> Christian COURTIS, “Los derechos sociales en perspectiva...”, Op. Cit., p. 196-199.

<sup>660</sup> Gerardo PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Op. Cit., p. 111 y ss.

<sup>661</sup> Basta echar una mirada a la prensa para confirmar que las sospechas en este sentido son ciertas, pues por ejemplo cuando entre los años 2011 y 2012 la crisis financiera golpeó implacablemente a España, la solución adoptada por el Gobierno de turno fue recortar las prestaciones sociales – beneficios en salud, salarios, prestaciones extralegales a funcionarios de la administración, recorte de 10 puntos en la ayuda a las personas en paro, etc. – mientras ciertos *statu quo* siguieron incólumes – subvenciones para la libertad religiosa de la mayoría católica, gastos de funcionamiento de la administración (vehículos oficiales, auxilios por vivienda a diputados de fuera de Madrid), endeudamiento público para asistir al sector financiero, etc.- olvidando así los compromisos internacionales y regionales adquiridos en materia de derechos humanos por el país.



garantías de los derechos sociales debe hacerse teniendo en cuenta una visión unitaria —e interdependiente— de todos los derechos, compleja con relación a los sujetos obligados a su satisfacción y las escalas de su tutela, y que permita la participación de la sociedad civil. Indica él: que “[u]na percepción de este tipo contribuiría, ante todo, a escapar a la **tentación de reducir la cuestión de la exigibilidad de los derechos sociales a la de su justiciabilidad.**”<sup>662</sup> (Negritas fuera de texto)

## 2.5. CONSIDERACIONES SOBRE EL PAPEL DE LOS PODERES PÚBLICOS EN LA GARANTÍA DE DERECHOS SOCIALES

Teniendo presente lo dicho en líneas anteriores, es pertinente reflexionar sobre el papel que deben ejercer los poderes públicos como guardianes del Estado de Derecho, y en consecuencia, de todos los derechos fundamentales. Para lograr tal propósito conviene aclarar a continuación el contexto en que se entiende el término Estado de Derecho en este escrito.

Es preciso partir indicando que al hablar de Estado de Derecho se encuentran dos dificultades que acompañan al término, la primera, que se trata de un *concepto esencialmente controvertido*, la segunda, que la dogmática constitucional es la que indicará en cada país qué tipo de Estado se ha adoptado y en consecuencia el tipo de organización política y social.

Respecto a la primera dificultad se debe tener presente lo dicho por el profesor Ansuátegui,<sup>663</sup> quien basado en la teoría de W.B. Gallie indica que existen algunos conceptos que generan desacuerdo académico, en la medida que cada persona utiliza estrategias definitorias diversas, por lo que es inútil intentar lograr una definición única para determinados términos.

Explica él: “Existen conceptos que ocupan posiciones nucleares y básicas en los modelos culturales, respecto a las cuales no hay un uso general claramente definido y que se considere correcto por todos. Son términos y conceptos en relación con los cuales no acaban las disputas, ya que los individuos que participan en ellas creen que su

---

<sup>662</sup> Gerardo PISARELLO, Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción, Trotta, Madrid, 2007, p. 112.

<sup>663</sup> Francisco Javier ANSUÁTEGUI, “Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales”, en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales* N° 158, España, 2000, p. 91 a 98. Francisco Javier ANSUÁTEGUI, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, IDHBC/ Dykinson, Madrid, 2013, p. 27-41. En especial en las páginas 35 y 36 aborda el tema del Estado de Derecho como concepto esencialmente controvertido.

interpretación es correcta y que sus argumentos son los más convincentes.”<sup>664</sup>

Además, es importante tener presente a la hora de definir el concepto *Estado de Derecho* que, como también explica el profesor Ansuátegui, existen al menos dos problemas para lograrlo: el primero, las diferencias en los rasgos característicos del Estado de Derecho según las diversas tradiciones jurídicas intelectuales, por ejemplo la anglosajona, la francesa e inclusive la alemana (cada una con sus ideas respectivas: *Rule of law*, *État de droit* y *Rechtsstaat*); el segundo, la existencia de diferentes conceptos<sup>665</sup>; en específico este problema se enmarca en las distinciones comunes entre las parejas: Estado de Derecho en sentido amplio y restringido, y también entre Estado de Derecho formal y material.<sup>666</sup>

El primer problema se sortea centrándose en los rasgos comunes de la idea de Estado de Derecho y no en sus diferencias, con lo cual se encuentra que la característica compartida es que se trata de *un mecanismo jurídico de limitación del poder*<sup>667</sup>, y con relación al segundo problema esto supone que: “esta caracterización vale con independencia del concepto, formal o material, de Estado de Derecho que se mantenga, si bien es cierto que la opción por una u otra posibilidad repercute en la configuración en intensidad de los límites a los que se somete, en su caso el Poder político.”<sup>668</sup>

Ahora bien, la cuestión sobre las duplas de conceptos permite evidenciar la mayor o menor intensidad con que el poder se limita en un Estado, teniendo en cuenta que no basta solo con detenerse en mirar *quién manda y cómo lo hace*, sino que también es necesario el *qué se manda*.<sup>669</sup> En el primer caso se estaría ante el concepto formal de Estado de Derecho, en el segundo, frente al concepto material de Estado de Derecho.

Aunque en criterio de Ansuátegui, esta distinción aporta poco conceptualmente si se tiene presente que uno de los rasgos del derecho moderno es justamente que la forma en que se crea o positiviza ya es un elemento de su esencia.<sup>670</sup> Además, este elemento se relaciona con la otra pareja de conceptos, Estado de Derecho en sentido amplio y restringido, que solo pueden entenderse desde el principio de legalidad en sus dos

---

<sup>664</sup> Francisco Javier ANSUÁTEGUI, “Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales”, Op. Cit., p. 93.

<sup>665</sup> Francisco Javier ANSUÁTEGUI, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Op. Cit., p. 99-100.

<sup>666</sup> Íd., p. 100.

<sup>667</sup> Íd., p. 109.

<sup>668</sup> Ibid.

<sup>669</sup> Íd., p. 112.

<sup>670</sup> Íd., p. 116.

vertientes: mera legalidad y legitimación formal en contraste con la estricta legalidad y legitimación sustancial.<sup>671</sup>

En la primera vertiente se estaría entonces ante el Estado de Derecho amplio; en la segunda, que por demás no desconoce la importancia de lo formal, la labor del legislador sujetarse a determinados criterios sustanciales, con lo que se hablaría de Estado de Derecho en sentido restringido. Explica el profesor Ansuátegui: “La presencia de elementos sustanciales a los que está vinculado el legislador, y no la operatividad del mero principio de legalidad, es el criterio que permitiría distinguir al Estado «de Derecho» del Estado «legal». Esta diferencia, que en resumidas cuentas es la que en ocasiones se establece entre Estado de Derecho formal y Estado de Derecho material, justifica, la consideración exclusiva del segundo como auténtico Estado de Derecho.”<sup>672</sup>

Se puede observar entonces que existe coincidencia entre las duplas Estado de Derecho formal y Estado de Derecho en sentido amplio, así como entre el Estado de Derecho material y el Estado de Derecho en sentido restringido, pero a efectos de delimitar el uso terminológico en el presente documento, se continuará utilizando el concepto exigente de Estado de Derecho a partir de su dimensión *material*.

En este sentido, resulta importante resaltar que en el Estado de Derecho concurren dos elementos que permiten identificar la materialidad aludida: el imperio de la ley y la presencia de determinados contenidos normativos.<sup>673</sup> En el tema que nos atañe se debe prestar especial atención a este segundo elemento pues se trata de los “derechos fundamentales y los valores y principios vinculados a ellos”<sup>674</sup>. Explica el profesor Ansuátegui que “Es la presencia de estos contenidos, la que diferencia al Estado de Derecho material respecto al formal, de un lado, y la que lo vincula al Estado constitucional, de otro...”<sup>675</sup>

Retomando el concepto de derechos fundamentales presentado en la primera parte del capítulo, se encuentra que estos contienen una cierta moralidad que la sociedad consideró necesario positivizar en aras de establecer los límites al poder y un modelo de convivencia.

---

<sup>671</sup> Íd., p. 115.

<sup>672</sup> Íd., p. 116.

<sup>673</sup> Íd., p. 191. No me detendré empero en el elemento del imperio de la ley, cuyas aristas son explicadas en profundidad por el profesor Ansuátegui, ver Íd., p. 126-190.

<sup>674</sup> Íd., p. 194.

<sup>675</sup> Ibid.

El profesor Ansuátegui expresa justamente en este sentido, que sin estos contenidos materiales el modelo del Estado de Derecho dejaría de ser identificable como tal<sup>676</sup>, pero además, señala que estos presentan problemas en cuanto a su determinación e interpretación, pues con ellos se desarrolla un determinado discurso moral: “La actividad de atribución de sentido y de significado de los derechos implica el desarrollo de un determinado discurso moral que no se reduce a la ponderación mediante la cual se intenta solucionar un conflicto entre derechos.”<sup>677</sup>, y continúa señalando que: “...en realidad los problemas de indeterminación vienen provocados por los rasgos que caracterizan el contexto social y cultural en que en muchas ocasiones los derechos han de ser interpretados.”<sup>678</sup>

Teniendo en cuenta esta situación, y para poder hablar en mayor detalle de los derechos fundamentales como contenidos materiales del Estado de Derecho, enfatizando en que los derechos sociales son parte de estos, se debe advertir al lector que se tomará partido por la postura de Elías Díaz<sup>679</sup> a partir de su debate con Eusebio Fernández<sup>680</sup>, reconociendo que en un inicio se trataba de una disputa por un concepto esencialmente controvertido.

En primer lugar se debe indicar que Díaz y Fernández coinciden en que la limitación y control del poder, los derechos y la democracia son los elementos claves para diferenciar el Estado de Derecho de uno despótico o tiránico, sin embargo, no están de acuerdo en el grado de extensión de los derechos fundamentales como uno de estos elementos constitutivos, y allí se encuentra su fuente de desacuerdo.

Elías Díaz<sup>681</sup> explica que existen tres formas de Estado de Derecho: el liberal, el social y el democrático. Para entender esta clasificación, se debe tener presente que él hace su conceptualización en clave histórica, por lo que identifica el Estado Liberal con la primera forma de Estado de Derecho existente y con la que se puso fin a los Estados absolutistas.

---

<sup>676</sup> Íd., p. 214-215.

<sup>677</sup> Íd., p. 220.

<sup>678</sup> Íbid.

<sup>679</sup> Elías DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998 [1966] y “Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales”, en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, N° 125, Madrid, 1995, p. 5-23.

<sup>680</sup> Eusebio FERNÁNDEZ, “Hacia un concepto restringido de Estado de derecho” en: *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, N° 138, Madrid, 1997.

<sup>681</sup> Elías DÍAZ, “Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales”, Op. Cit., p. 13 a 21, y del mismo autor *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Op. Cit.

La luchas sociales de finales del siglo XIX y principios del XX tuvieron como consecuencia la creación de los derechos sociales y la ampliación de los civiles y políticos, por lo que Díaz relaciona este suceso con el nacimiento del Estado Social, como una forma de perfeccionamiento del anterior modelo, el liberal. Por último, y debidas las preferencias políticas de Díaz, él expone un modelo ideal<sup>682</sup> (ya no histórico) que supondría la cumbre del Estado de Derecho: el Estado Social.

De acuerdo con las explicaciones de Elías Díaz el Estado de Derecho en general se caracteriza por cuatro rasgos: imperio de la Ley (una ley hecha por el Parlamento y no por un tirano), división de poderes, legalidad de la Administración y derechos y libertades fundamentales<sup>683</sup>. Se puede observar que los modelos planteados por este autor son identificables y distinguibles según la mayor o menor intensidad de la cuestión social que asuman en el tema de los derechos y libertades fundamentales.

Así entonces, la primera manifestación del Estado de Derecho que fue la Liberal, adolecía de un grave problema en cuanto a su falta de contenido social y por ello debía ser superado. Esto debido a su carácter abstencionista que en consecuencia generaba una sociedad individualista, que da una preferencia inusitada a la propiedad privada individual, pues es el conducto por el cual se desarrolla precisamente la no intervención estatal.

Es entonces un Estado que blinda los derechos civiles y políticos, pero que se niega a aceptar los derechos sociales, pues considera en términos generales, que la intervención del Estado coartaría la libertad de las personas y las convertiría en medios, y con ello se desquiciaría el curso de la sociedad y el mercado, que por demás, se corregiría a sí mismo si se llegase a desviar.

La historia demostró la insuficiencia de este tipo de Estado, por ello para superar los dos puntos críticos del Estado Liberal: individualismo y abstencionismo estatal, se propone una nueva forma de Estado de Derecho: el social.<sup>684</sup> Sostiene el profesor Díaz:

“Dicha evolución viene marcada, se dice, por el paso del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho. Se concibe éste como fórmula que, a través de una revisión y reajuste del sistema, evite los defectos del Estado abstencionista liberal, y sobre todo del individualismo que le servía de base, postulando planteamientos de

---

<sup>682</sup> Gerardo PISARELLO, “Por un concepto exigente de Estado de derecho (a propósito de un artículo de Eusebio Fernández)”, en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, N° 144, Madrid, 1998, p. 108.

<sup>683</sup> Elías DÍAZ, Estado de Derecho y sociedad democrática, Op. Cit., p. 44.

<sup>684</sup> Íd., p. 103.

carácter ‘social’ que, por otra parte, queden también perfectamente diferenciados de cualquier otro sistema cercano a los totalitarismos fascistas. El Estado social de Derecho, ‘casi’ es obvio advertirlo, continúa constituyéndose como auténtico Estado de Derecho.”<sup>685</sup>

El Estado Social, a diferencia del liberal, se caracteriza por una fuerte intervención para corregir los fallos que el mercado y la sociedad no pudieron por sí mismos. Este modelo se manifestó en Estados Unidos y Europa con el *Welfare State*, como mecanismo para desarrollar ampliamente los derechos sociales de las personas, sin embargo, empezó a desmontarse poco a poco a raíz de las crisis económicas de los años 70 del siglo XX, hasta prácticamente desaparecer en el siglo XXI.

Este modelo de Estado de Derecho pese a sus aciertos, adolece de un grave defecto según Díaz: está basado en un sistema económico neocapitalista, que a la larga seguirá afectando los derechos de las personas, pues no es más que una forma evolucionada del capitalismo,<sup>686</sup> por ello postula el modelo teórico del Estado Democrático.<sup>687</sup>

El Estado Democrático se caracteriza por una intervención cualitativa y selectiva, que tiene en cuenta intereses generales, e intereses individuales legítimos, y que demanda a sus ciudadanos auto exigencia personal. Este propugna por el equilibrio entre el necesario sector público de la economía y el privado, superando la dictadura y/o anarquía del mercado en que se vive hoy. Por último, estaría caracterizado por el reconocimiento de todos los derechos, incluyendo las nuevas exigencias éticas.

De esta forma, Elías Díaz identifica que solo un Estado *maximalista* será un Estado de Derecho, es decir, solo aquel que respete *todos* los derechos podrá llamarse Estado de Derecho. Este es el punto criticado por Eusebio Fernández<sup>688</sup> quien sostiene que el incumplimiento de los derechos sociales solo afecta a un modelo de Estado, es decir al Social, pero no atenta contra el Estado de Derecho; sin embargo, afectar los

---

<sup>685</sup> Íd., p. 101.

<sup>686</sup> Íd., p. 121 y 122. Indica Elías Díaz que el neocapitalismo conserva los siguientes rasgos del capitalismo: propiedad privada de los medios de producción, economía de mercado, libre iniciativa en la organización de la producción, explotación del trabajo por el capital y ánimo de lucro – más o menos despersonalizado - como motor fundamental del sistema. Y a diferencia de aquel, ha afinado la eficacia y racionalidad del sistema capitalista en beneficio de los que detentan el poder económico.

<sup>687</sup> Íd., p. 131 y ss. y Elías Díaz, “Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales”, Op. Cit., p. 18 y ss.

<sup>688</sup> Eusebio FERNÁNDEZ, “Hacia un concepto restringido de Estado de derecho”, Op. Cit., p. 106. Francisco Javier ANSUÁTEGUI, “Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales”, Op. Cit., p. 102.

derechos civiles y políticos (derechos de autonomía, seguridad jurídica y cívico políticos como los denomina él), sí supone afectar el concepto mismo de Estado de Derecho.

Esta tipificación sirve para poner de manifiesto que el tipo de Estado determina en gran parte el terreno en el cual puedan sembrarse y prosperar, o no, los derechos; piénsese por ejemplo en modalidades de Estado en las que se exacerba la protección de unos derechos y no de otros: en el liberal los civiles y políticos, en el socialista, los económicos, sociales y culturales.

Le asiste entonces razón a Eusebio Fernández en la medida que un modelo restringido de protección de derechos sociales no implicaría *per se* un Estado totalitario, sin embargo, esta postura está errada en la medida que sigue fundamentada en un modelo excluyente, casi libertario podría decirse, y que en consecuencia desconoce la fuerza normativa de las normas jurídicas positivas sobre derechos sociales.

La interdependencia, universalidad, indivisibilidad e interrelación de los derechos y su fundamentación en la libertad, dignidad, igualdad y solidaridad, reconociendo el papel de las necesidades humanas, son la clave para entender que si bien un Estado Liberal no deja de ser un Estado de Derecho, sí es un *Estado de protección selectiva*, en otras palabras, la discusión debe reconducirse a si el Estado de Derecho se instituyó para proteger a unos pocos o para protegernos a todos y todas, caso tal, en el que le asiste razón a Elías Díaz, pues será necesario un Estado de Derecho que cumpla su finalidad, hasta en lo social.

De acuerdo con lo anterior, es vital no perder de vista que un Estado de Derecho solo podrá considerarse tal, si y solo si, se funda en el respeto de *todos* los derechos y libertades fundamentales, de *todas* las personas, no de unas pocas, de otra forma, solo será un elemento de opresión.

La diferencia de criterios entre los dos autores, tomando en cuenta las explicaciones del profesor Ansuátegui presentadas en la parte inicial del acápite, se debe no a discrepancias sobre el concepto de Estado de Derecho en sí mismo, sino a una especificidad de su contenido. Bien vale la pena recordar que se trata más bien de un debate ideológico que puede zanjarse si se reconoce que tras los conceptos de ambos autores subyace determinada postura de fundamentación a partir de la cual se pueden, o no, deducir consecuencias jurídicas en la práctica.

Si bien es cierto que en la dogmática española aún perviven serias dificultades en cuanto a la exigibilidad jurisdiccional de los derechos sociales, no es menos cierto que

existen estrategias jurídicas, que se verán adelante, que han permitido superar parcialmente el escollo, pues la falta o insuficiencia de garantías no equivale a la inexistencia de los derechos, y menos cuando estos, con independencia de la forma que adquieran las normas que los integran al sistema jurídico, buscan salvaguardar y desarrollar la dignidad humana de la persona.

Tal y como advierte Miguel Ángel Ramiro cuando habla de teoría política de los derechos humanos, y explica que existe una permanente tensión entre política y derechos, resultado de la ética de la responsabilidad que rige los actos de los políticos en su labor de “mantener al Estado sano y robusto”<sup>689</sup> para que cumpla su cometido. Esto porque “(...)la actividad política no siempre está irremediamente condicionada por el respeto de los derechos”;<sup>690</sup> pero prosigue explicando el profesor Ramiro cómo varios autores han puesto de manifiesto que este razonamiento no se ajusta a un esquema de teoría política basado en los derechos humanos, en donde el Estado debe ser el garante del Derecho y limitar la racionalidad y moralidad políticas,<sup>691</sup> o parafraseando a Gerardo Pisarello,<sup>692</sup> un Estado con normas no equivale a un Estado de Derecho.

El Estado, como se lo concibe en la actualidad, tiene como finalidad permitir que las personas desarrollen la más amplia variedad de planes de vida, por lo que debe optar por estrategias amplias e inclusivas, que solo pueden darse si se toman en cuenta los derechos fundamentales como directriz, y se da igual importancia a todos los derechos.

Una vez visto lo anterior se puede entender mejor el porqué una propuesta de realización de derechos sociales tiene por garante principal al Estado de Derecho, y recordando lo expuesto en páginas anteriores, se trata de una *metagarantía* para los derechos fundamentales.

El Estado actúa a través de los diversos poderes públicos, por ende podrá identificarse que cada tipología de garantías se relaciona en mayor o menor grado con cada uno de aquellos, así las garantías primarias corresponderían al legislativo y al ejecutivo, mientras que las secundarias al judicial.

---

<sup>689</sup> Íd., p. 25

<sup>690</sup> Ibid.

<sup>691</sup> Íd. p. 27. Vale la pena destacar lo dicho por él refiriéndose a Bobbio: “Norberto Bobbio (1997) señala que si queremos que el Estado de Derecho y los ideales y valores que lo inspiran sean reales no podemos admitir que la política y su racionalidad campen por sus fueros sin ningún tipo de control.” Gerardo PISARELLO, “Por un concepto exigente de Estado de derecho...”, Op. Cit., p.100 y 101.

<sup>692</sup> Gerardo PISARELLO, “Por un concepto exigente de Estado de derecho...”, Op. Cit., p. 100 y 101.



En todo caso no se trata de categorías fijas y estáticas, pues si se tiene en cuenta la tipología de garantías institucionales y sociales, se podrá evidenciar que estas últimas comparten rasgos de las de tipo primario y secundario, ya que las personas y actores sociales bien pueden ser parte del debate político para el establecimiento de normas jurídicas, que ingresen o desarrollen los derechos fundamentales en un sistema jurídico, pero también pueden ser actores de defensa de los mismos ante la jurisdicción cuando han sido vulnerados.

Por otra parte, se ha visto en algunos países como Colombia, cómo la jurisdicción no ha permanecido ajena a los problemas sociales y ha emprendido una labor de garantía secundaria de los derechos fundamentales y ello ha traído consecuencias políticas. Tal ha sido el caso de la Corte Constitucional a través de diversos fallos expedidos desde 1991. Como se observa, al igual que los derechos fundamentales, *las garantías también están interrelacionadas*, por ende no están aisladas unas de otras, aunque su responsabilidad repose primordialmente en determinadas instituciones.

Esto se relaciona también con la forma de prestación requerida para realizar un derecho social. De acuerdo con Christian Courtis<sup>693</sup> el Estado no satisface estos derechos de manera individual sino con una proyección colectiva, pues derechos como la salud, la educación, la vivienda, entre otros, solo podrán proveerse con una planificación de escala. En sus palabras “es imposible pensar en la asignación de un maestro por niño, o de un médico por persona. Se necesita pensar en servicios destinados a cubrir necesidades a partir de dimensiones grupales o colectivas.”<sup>694</sup>

El reto, indica el autor, es dejar de pensar estos derechos desde la perspectiva individual de los derechos patrimoniales, debido a que se ha visto la asignación de los derechos sociales desde la relación de trabajo, se requiere entonces superar las limitaciones que causa concebir los derechos fundamentales desde el derecho privado.<sup>695</sup>

En todo caso, la planificación de escala no es una cuestión exclusiva de los derechos sociales, también es visible en el cumplimiento de los derechos civiles y políticos. Parafraseando lo dicho por Courtis, sería impensable asignar un juez o un

---

<sup>693</sup> Christian COURTIS, “Los derechos sociales en perspectiva: La cara jurídica de la política social”, en Miguel Carbonell (edit.), *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Trotta/UNAM, Madrid, 2007, p. 189.

<sup>694</sup> Ibid.

<sup>695</sup> Ibid.

policía por persona, o celebrar unas votaciones de manera individualizada. Esto permite reafirmar una de las conclusiones presentada en el primer capítulo, pues se puede intuir que el incumplimiento de derechos sociales no está relacionado tanto con su valor normativo dentro de un sistema jurídico, sino con la ideología imperante en el gobierno del aparato estatal.

De esta forma se puede continuar refutando los argumentos falaces sobre el papel que deben desempeñar los poderes públicos, en especial el ejecutivo, a la hora de realizar los derechos sociales. Es un lugar común que se diga sin mayor sustento que su realización progresiva es una obligación de medio, no de resultado, y en consecuencia el Estado no está obligado a desarrollarlos, si ello pone en riesgo los derechos civiles y políticos que ya se encuentren consolidados.

La cláusula de progresividad ha sido usada en un sentido contrario de aquél con el que se la concibió, pues se usa como excusa para no asignar más recursos económicos del presupuesto a la realización de derechos sociales, cuando en verdad la obligación de realización progresiva implica a los Estados, que una vez han alcanzado cierto punto de desarrollo de los derechos, éstos no pueden ser retrocedidos injustificadamente; el no retroceso es entendido como mayor gasto, por lo que es usual que el compromiso político se mantenga prácticamente en el mismo punto de partida y no se generen avances reales.

Otra excusa es la indisponibilidad de los objetos del derecho, tales como los puestos de trabajo, la oferta del mercado de la vivienda, etc., lo que daría al traste con cualquier esfuerzo emprendido por los Estados, pero este argumento se reconduce simple y llanamente a falta de voluntad política, pues existen diversas medidas que sí se pueden adoptar para fomentar la generación de empleo -o al menos no empeorarlo-, o mejorar la situación de vivienda de las personas, entre otros, pero depende del compromiso de los gobernantes con el bienestar de las personas, y de la superación de modelos libertarios de gobierno.

He ahí por ejemplo el importante papel del empoderamiento político de los colectivos ciudadanos en la disputa política, aunque debido a la debilidad institucional y la creciente pérdida de espacios participativos y de protesta, ha cobrado importancia el litigio como nuevo lugar de disputa política (este tema se mencionará en el tercer capítulo).

El problema no es entonces la ampliación de los derechos sociales, ni su coste, sino la poca preparación de las instituciones para asumir la demanda social y la infraestructura estatal. No se puede confundir la universalidad en el goce de los derechos con la incapacidad institucional o el aumento de demanda de servicios públicos, pues como menciona el profesor Ansuátegui,<sup>696</sup> cuando un derecho no es disfrutado por todos, sin discriminación, se convierte en un privilegio.

## 2.6. GARANTÍAS POLÍTICAS Y SOCIALES – ENCUENTROS Y DESENCUENTOS IDEOLÓGICOS

A continuación se presentarán algunas reflexiones sobre la brecha que existe entre la sociedad civil y el mundo de la política, y cuya consecuencia son desencuentros ideológicos que afectan la realización de derechos sociales; en la práctica esto se observa por ejemplo con los recortes presupuestarios, la restricción de prestaciones y coberturas de los mismos solo a ciertos grupos de personas.

Se indicó en la primera parte de este trabajo que los movimientos de derecha e izquierda son diferenciables, al menos en el plano teórico, por su mayor cercanía y preferencia por alguno de los valores: *libertad* y/o *igualdad*, y en consecuencia, darán mayor o menor importancia a alguna de las generaciones de derechos. No es secreto que en Iberoamérica los partidos de derecha han gobernado más tiempo que los de izquierda, o cuando menos han tenido mayor representación en los parlamentos, y si a ello se suma la fuerte influencia neoliberal, el resultado ha sido una menor realización de derechos de tipo social. De esta forma las garantías primarias y las institucionales-políticas, se ven afectadas por la prevalencia de una fundamentación parcializada solo hacia la libertad, descuidando los demás valores fundantes.

Las garantías de los derechos sociales enfrentan en Iberoamérica dos graves problemas: el primero es el abandono estatal de las funciones que le corresponden, y que se denominará como defectos en las garantías primarias y secundarias; el segundo, son los fallos en las garantías sociales, que provienen del defectuoso entendimiento por parte de la sociedad civil de los valores fundantes de los derechos fundamentales y de la *mercantilización de la solidaridad*<sup>697</sup>.

---

<sup>696</sup> Francisco Javier ANSUÁTEGUI, “Argumentos para una Teoría de los derechos sociales”, en *Revista de Derecho del Estado*, N° 24, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 59.

<sup>697</sup> Término usado por Joan PICAS CONTRERAS, “El papel de las Organizaciones No Gubernamentales

Como se verá a continuación, la confluencia de estos dos dificulta aún más el camino hacia la realización de los derechos sociales. Las relaciones entre sociedad civil y poder político siempre han sido difíciles, y si se quiere usar una metáfora, el puente de comunicación existente entre ambos es más un antiguo puente colgante de madera que un moderno puente levadizo.

### 2.6.1. Fallos en las garantías primarias y secundarias

Se dijo en páginas anteriores, al exponer la tipología de garantías del profesor Pérez Luño, que se puede entender al Estado de Derecho como una *metagarantía* para los derechos fundamentales, ahora bien, es importante mencionar que existe otra institución indispensable para la realización de los derechos y que está estrechamente relacionada con aquél: la democracia.

Se tendría entonces que tanto el Estado de Derecho, como la democracia constitucional (en un sentido amplio) serían condiciones previas para los derechos fundamentales, por lo que ambas podrían catalogarse como *metagarantías*.

Explica Luigi Ferrajoli que en los ordenamientos jurídicos existe una divergencia entre normatividad y efectividad, y que esta brecha será mayor en cuanto existan menos garantías en el mismo.<sup>698</sup> No se trata de un rasgo extraño a las democracias constitucionales, explica el autor, pero sí de uno que permite identificar si una sociedad es más o menos democrática, en tanto haya o no un mayor grado de garantismo. Además, en el único caso en que no habría tal divergencia sino coincidencia entre la existencia y validez de la normas sería en los Estados absolutos.

Por esta razón es importante denunciar los ataques que la democracia sufre en la actualidad en los ordenamientos estatales y supranacionales, y la influencia que ello tiene en el funcionamiento de garantías primarias y secundarias. Explica el profesor italiano que estos ataques se pueden resumir en dos fenómenos: *el desarrollo de la ilegalidad y el defecto de legalidad*. Por el primero entiende el abuso en el ejercicio del poder público normativo, que se manifiesta en violaciones de las garantías y en

---

y la crisis del desarrollo. Una crítica antropológica a las formas de cooperación” (Tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2006). En <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=3726>

<sup>698</sup> Luigi FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Trotta, Madrid, 2014, p. 135. Explica el autor que se trata de una divergencia deontica.

consecuencia resulta en antinomias, mientras que el segundo se refiere a la ausencia de garantías, y por ende en la existencia de lagunas.<sup>699</sup>

Pero indica Ferrajoli que estos fenómenos no se dan solos sino que vienen acompañados de procesos locales y mundiales como: (1) la falta de introducción de garantías primarias y secundarias en los instrumentos internacionales de derechos, (2) no establecer funciones y garantías que hagan frente a los nuevos poderes y problemas globales, (3) que la política no ha aceptado nunca su sujeción al derecho, (4) la pérdida de la memoria de las tragedias del pasado y de los «nunca más» luego de la Segunda Guerra Mundial, (5) los procesos de desregulación y de reducción del papel de gobierno y de garantía de la esfera pública, (6) la crisis económica generada por la desregulación de las finanzas o lo que es lo mismo, la subordinación de la política a la economía.<sup>700</sup>

Se observa entonces la complejidad de factores que dificultan desde las garantías primarias y secundarias, y desde las institucionales, el cumplimiento de las normas jurídicas sobre derechos sociales. A diferencia de lo que se sostiene desde diversos discursos políticos no se trata de una cuestión meramente de escasez, sino de inadecuada disposición de los recursos existentes. El incumplimiento de los derechos no es entonces un mero problema de imposibilidad, o de indisponibilidad de bienes; si se mira con detenimiento el panorama, se puede concluir que se trata de una involución del Derecho y de la idea de Estado de Derecho, en consecuencia, se están usando las ideas de la derecha más conservadora para justificar la inacción estatal y el desmonte de la institucionalidad existente.

El proceso de abandono de las funciones que le corresponden al Estado no es algo nuevo, se trata de un proceso que ha ocurrido de manera paulatina y constante desde los años ochenta del siglo XX. Se trata además de una paradoja de la democracia, pues en sistemas relativamente jóvenes como el español o el colombiano, delegar al Parlamento la regulación de los derechos fundamentales ha resultado en dilaciones a los mismos.

En este sentido advierte el profesor Pérez Luño el riesgo de que los derechos queden supeditados a los vaivenes de las mayorías parlamentarias:

“...la remisión a la legislación puede suponer un considerable retraso en la

---

<sup>699</sup> Ibid.

<sup>700</sup> Íd., p. 136.

implantación de algunos derechos y libertades fundamentales. La experiencia de otras democracias muestra con elocuencia cómo el reenvío al legislador de la concreción del estatuto positivo de los derechos fundamentales ha chocado, en ocasiones, con los intereses de determinados partidos mayoritarios que han retrasado deliberadamente su plena actuación.”<sup>701</sup>

Este problema es más preocupante si se tiene en cuenta lo indicado por Ferrajoli sobre el vuelco de las relaciones: política y economía, Estado y mercado, público y privado, cuya consecuencia ha sido la imposición de políticas antidemocráticas y antisociales.<sup>702</sup> Explica él que este vuelco se debe a: la asimetría entre los poderes políticos, aún de corte local, y los nuevos poderes económicos y financieros, de tipo global; la influencia cultural de la ideología neoliberal, de acuerdo con la cual se concibe a los poderes económicos como libertades fundamentales y a las leyes del mercado como leyes naturales. Por ende se rechaza la intervención estatal y se prefiere un gobierno tecnocrático a uno político.<sup>703</sup>

Además, continua el autor, este fenómeno se agrava por la penosa confusión entre poderes políticos y poderes económicos, que es visible en aspectos como las diversas formas de corrupción, el lobby, la financiación privada de campañas electorales, el mantenimiento de burocracias de partido, y el dominio privado de los medios de comunicación. Estos en su concepto han creado un “infra-Estado oculto y paralelo, dedicado a la apropiación privada de la cosa pública, que contradice todos los principios de la democracia política y del estado de derecho, del principio de legalidad a los de publicidad, visibilidad, controlabilidad y responsabilidad de los poderes públicos.”<sup>704</sup>

Por otra parte, Ferrajoli denuncia la crisis de la dimensión formal de la democracia y la quiebra de las políticas impuestas por los mercados. Este problema afecta los siguientes aspectos:

1. Las formas de la democracia política: La política está cada vez más alejada de las necesidades y problemas de su país y su agenda se ha enfocado a la protección de intereses privados y corporativos, vaciando por ende la representatividad y legitimidad de los órganos de elección popular. Estos órganos se encuentran sujetos a la voluntad de

---

<sup>701</sup> Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 75.

<sup>702</sup> Luigi FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos*, Op. Cit., p. 137.

<sup>703</sup> *Id.*, p. 138 y 139.

<sup>704</sup> *Id.*, p. 140. El autor agrega un cuarto factor para el caso europeo, pues la normativa comunitaria ha cambiado la constitución económica de cada país miembro, restándoles poder y velocidad de respuesta a los Estados, pues estos no pueden ya actuar de acuerdo con el programa constitucional propio. (*Id.*, p. 140-142)

los mercados, que han impuesto “intervenciones antisociales, en perjuicio del trabajo y de los derechos sociales y en beneficio, de hecho, de los intereses privados de la maximización de los beneficios, la especulación financiera y la apropiación de los bienes comunes y vitales.”<sup>705</sup>

2. Prevalencia de la política respecto de la economía. Esto dado por dos factores, el poder estatal del Estado resulta insuficiente para controlar poderes supraestatales y poderes económicos privados, que están permeados fuertemente por la ideología neoliberal, y que se defienden ideológicamente más que como poderes como derechos de libertad.<sup>706</sup>

Indica también el profesor italiano que el compromiso entre capitalismo y democracia se ha roto, pues el capitalismo productivo que produjo crecimiento de la economía, aumento de la igualdad y el empleo y garantías de los derechos sociales durante los 30 años siguientes a la Segunda Guerra Mundial mutó en un capitalismo financiero improductivo y depredador insaciable.<sup>707</sup>

3. Crisis del Estado moderno. Hay síntomas de una regresión premoderna, pues se están desdibujando los rasgos característicos, de la modernidad jurídica y política, es decir, está desapareciendo la separación “entre sociedad civil y estado, entre economía y política, entre esfera e intereses privados y esfera e intereses públicos, entre propiedad y soberanía...”<sup>708</sup>

Para reflejar la gravedad de los fallos de las garantías primarias resulta pertinente la siguiente afirmación de Ferrajoli:

“La potencia de la ideología neoliberal es tal que el mercado sin reglas, tras de haber sido la causa de la crisis en ausencia de políticas capaces de disciplinarlo y gobernarlo, vuelve a proponerse como la terapia: recortes en el gasto público en sanidad y en educación, privatizaciones, desregulaciones, garantías de los beneficios como variables independientes, liberalizaciones, impuestos sobre las pensiones y los salarios en lugar de sobre los grandes patrimonios, fin de la concertación, crecimiento de las desigualdades y ruptura de la cohesión social. Una terapia destructiva, también el plano económico...”<sup>709</sup>

---

<sup>705</sup> *Íd.*, p. 143.

<sup>706</sup> *Íd.*, p. 144.

<sup>707</sup> *Íd.*, p. 148.

<sup>708</sup> *Íd.*, p. 144, 145.

<sup>709</sup> *Íd.*, p. 146.

Se trata entonces de un problema que exige una reinvencción de lo jurídico para corregir la pérdida de rumbo en que vivimos en la actualidad. Este nuevo *desorden mundial*, como lo denomina César Rodríguez,<sup>710</sup> nos invita a pensar de maneras nuevas al Derecho y a la Política más que a resignarnos a vivir en un mundo que ha regresado a condiciones similares a las de los Siglos XVIII y XIX.

### 2.6.2. Defectos en las garantías sociales

Para hablar de los defectos en las garantías sociales, y claro está de los desencuentros ideológicos entre estas y las garantías políticas, es indispensable revisar en primer lugar la transformación de los movimientos sociales y su influencia en la lucha por los derechos.

De acuerdo con Guillem Mesado, los movimientos sociales se pueden clasificar en tres categorías según el deseo y capacidad de implantar un modelo social alternativo: marginalidades, contrasociedades y revoluciones.<sup>711</sup> El autor explica que esta clasificación permite analizar y comparar movimientos con independencia del grupo social, siglo o sociedad donde se produzcan.<sup>712</sup> Se tiene entonces que dependiendo de las intenciones, la radicalidad y la fuerza del movimiento, existirán algunos con mayor potencia política que otros.

Además, según la época histórica en que se presentaron, es posible distinguirlos en movimientos sociales de sociedades campesinas, de sociedades industriales y post-industriales. La diferencia está en los objetivos, pues mientras los primeros hicieron reclamaciones puntuales con acciones aisladas y los segundos se centraban en reivindicaciones laborales, los últimos ampliaron sus causas e incluyeron componentes políticos y morales, por ejemplo medioambientales, de género, etc., lo que diversificó a los grupos de acuerdo también con causas diversas.<sup>713</sup>

---

<sup>710</sup> César RODRÍGUEZ GARAVITO, “El nuevo desorden mundial” en <http://www.elspectador.com/opinion/opinion/el-nuevo-desorden-mundial-columna-675568>

<sup>711</sup> Juan Manuel GUILLEM MESADO, *Los movimientos sociales en las sociedades industriales*, Eudema, Madrid, 1994, p. 4.

<sup>712</sup> *Ibid.*

<sup>713</sup> *Id.*, p. 4-5. En sentido similar Ludger MEES, “¿Vino viejo en odres nuevos? Continuidades y discontinuidades en la historia de los movimientos sociales” en *Revista Historia contemporánea*, N° 16, Universidad del País Vasco (UPV-EHU), 1997, p. 221-222. De acuerdo con lo que sostiene este autor la clasificación que presenta Guillem Mesado se puede denominar bajo el nombre de *viejos* y *nuevos* movimientos sociales o movimientos sociales tradicionales (premodernos, preindustriales) y movimientos modernos, incluyendo un modelo de tránsito entre los dos que denomina tipo *protomoderno* de acción



Esto resulta especialmente importante para entender la actual fragmentación de los movimientos sociales y su profesionalización en ONG. Mientras los movimientos sociales de la etapa industrial se centraban en la acción desde la organización en partidos y sindicatos, pues su finalidad era *transformar* el orden social e influir en la vida institucional, los de la etapa postindustrial no obedecen a intereses de clase y se movilizan por las reivindicaciones mismas y no por los valores que comparten las personas.<sup>714</sup>

La lucha de los movimientos postindustriales, momento en que nos encontramos, ya no es tanto por un espacio en la política y en el sistema mismo, sino por uno en la gestión pública, pues las formas tradicionales de participación popular les parecen insuficientes. Ahora bien, su gran defecto está en que les gustaría que se reformase la organización democrática de los Estados, pero no tienen claridad sobre las alternativas posibles.<sup>715</sup>

Por otra parte, sus formas de acción son pacíficas como regla general y se centran en generar conciencia en la ciudadanía para ejercer presión. Suelen actuar sin violencia y con mucho pragmatismo. En ciertas circunstancias usan los tribunales y/o la concurrencia parlamentaria, pero en otros acuden a la desobediencia civil.<sup>716</sup>

En ocasiones también suministran servicios a las personas. He ahí un punto de tensión que debe tenerse presente para el análisis en curso, pues ante la falta de cobertura por parte del Estado en ciertos derechos y/o servicios, la acción política de algunos movimientos consiste en suplir la inacción estatal.

Estos dos aspectos generan una paradoja en el terreno de los derechos fundamentales, pues por una parte, se ha debilitado el rol político de individuos y grupos de personas con preocupaciones similares, y por otra, el Estado tiende a desatender sus obligaciones para realizar aquellos, pues encuentra que ya hay una cobertura por parte de terceros a ciertas demandas sociales.

La experiencia reciente ha demostrado que los movimientos sociales han perdido la potencia que tuviesen hace tan solo un par de décadas, baste con ver cómo los movimientos *occupy* tuvieron una breve vida que se centró en la protesta y en manifestar

---

colectiva (p. 225).

<sup>714</sup> Juan Manuel GUILLEM MESADO, *Los movimientos sociales en las sociedades industriales*, Op. Cit., 66-67.

<sup>715</sup> Íd., p. 68.

<sup>716</sup> Íd., p. 70-73.

el descontento compartido, pero que no concluyeron con propuestas políticas consolidadas.<sup>717</sup> Por otra parte, y como se manifestó páginas atrás, existe una tendencia mundial a reprimir la protesta social, que por definición es uno de los mecanismos más políticos con los que cuentan las personas del común en las democracias para hacer escuchar su voz.

Esta pérdida de potencia política está vinculada con el problema de falta de cohesión social que se enfrenta prácticamente en todas las latitudes del mundo. Tomando como base lo explicado por Quim Bruge,<sup>718</sup> se puede decir que esto se debe a dos factores: a la transformación de las clases proletarias en una difusa clase media y a la exclusión como eje de desigualdad, que divide ahora a las personas según estén *dentro o fuera*, y no como antes en *arriba y abajo*.

El primer factor afecta a la cohesión social en la medida en que los beneficios que conllevó el Estado de bienestar (a los lugares que éste llegó<sup>719</sup>) generaron una situación de estabilidad y seguridad material que disolvió las segmentaciones de clase y consecuentemente sus signos de identidad: voto a un partido determinado o afiliación sindical; a la par aparecen signos identitarios de corte individualista en cuanto a preferencias consumistas y/o de comportamiento de grupos, pero no de proyectos colectivos. Se trata entonces de una cuestión de demandas y expectativas postmaterialistas.<sup>720</sup>

Por otra parte, la exclusión es el síntoma visible del rompimiento de los lazos sociales. Indica Bruge que ésta tiene una triple naturaleza, es una *situación, un riesgo y un proceso*. Lo primero porque la exclusión constituye “un estado de necesidad intensa provocado por múltiples factores”,<sup>721</sup> y además hace difícil la intervención desde los canales tradicionales, pues coloca a las personas en situación de invisibilidad y

---

<sup>717</sup> Considero que los nuevos partidos políticos, en especial en el caso español, no son más que una renovación de figuras políticas, con un discurso más bien populista pero disfrazado en la defensa de derechos.

<sup>718</sup> Quim BRUGE, “Participación y redes sociales para la cohesión social” en *IV Congreso Internacional de Derechos Humanos Ciudadanía y Derechos Sociales: un discurso de futuro*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2012, p. 185 y ss.

<sup>719</sup> Sostengo que el modelo del Estado de bienestar nunca llegó a madurar en Latinoamérica, o cuando menos en países como Colombia, dado que la constante fueron (y son) políticas sociales aisladas, junto con programas y proyectos financiados con recursos de cooperación internacional. Ver Lina Parra, *Constitucionalismo contemporáneo y la teoría del contenido mínimo. El derecho al trabajo*, Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, Quito, 2013, p. 62-63.

<sup>720</sup> Quim BRUGE, Op. Cit., p. 186.

<sup>721</sup> Íd., p. 187.

transversalidad.

Es un riesgo porque las personas con menores recursos sociales o ya están excluidas o están en riesgo de serlo, en especial porque están desconectadas; en palabras de Bruge, se trata de personas “Sin redes sociales, con un capital social muy debilitado, con estructuras familiares cada vez más débiles y sin valores comunitarios sólidos, la exclusión define no únicamente una situación de pobreza sino una extrema desconexión.”<sup>722</sup>

Por último, y pese a la opinión popularizada, la exclusión es el resultado de procesos sociales y económicos generales, no una cuestión de fracaso individual y personal. No basta entonces solo con rediseñar las políticas sociales, se requiere replantear el modelo de desarrollo,<sup>723</sup> pues como sostiene Bruge:

“La incertidumbre se nos presenta como una poderosa fuerza individualizadora. Las dificultades no nos unen, nos dividen. La solidaridad no es racional, ha dejado de tener sentido y, por lo tanto, sufrimos en soledad nuestras dificultades. Como diría Ulrick Beck (1998), tratamos de dar respuestas biográficas a problemas que son sistémicos. *¡Y así nos va!* La mayoría somos demasiado débiles para afrontar solos problemas que son de todos.”<sup>724</sup>

Coincide con esta apreciación Rodolfo Arango. Él explica que a los problemas ya conocidos para la realización de los derechos sociales se deben sumar: (1) la no apropiación del discurso de derechos por poblaciones excluidas y, (2) la ausencia de una debida difusión de las posibilidades de estrategias combinadas y coordinadas.<sup>725</sup>

Como se puede ver, el incumplimiento de los derechos fundamentales, en especial de aquellos que hacen posible el mantenimiento cotidiano de la vida, es un factor de tipo *círculo vicioso* para el cumplimiento de estos derechos, pues las personas que no los gozan no se apropian políticamente del discurso de su disfrute, y en consecuencia, como no son actores políticamente activos, no hay quien dé voz directamente a sus demandas de derechos sociales.

De manera concurrente a la pérdida de potencia política, se debe tener presente un problema de reciente aparición y estudio, la mercantilización de la solidaridad. Por

---

<sup>722</sup> Íd., p. 188.

<sup>723</sup> Ibid.

<sup>724</sup> Íd., p. 189-190.

<sup>725</sup> Rodolfo ARANGO, “Los derechos sociales en Iberoamérica”, en *Cuadernos electrónicos, Derechos Humanos y Democracia* N° 5 (2009), p. 8.

este se pueden entender dos situaciones, el *marketing* de las causas sociales<sup>726</sup> y el negocio de la ayuda (o mercado de la caridad)<sup>727</sup>.

En el primer fenómeno las empresas utilizan el patrocinio a una *buena causa* para aumentar sus niveles de ventas. Esto suele ir asociado a la utilización de imágenes y frases altruistas en sus piezas publicitarias.

Este fenómeno no es malo *per se* pues en ocasiones puede ser una herramienta a favor de los derechos fundamentales si está bien utilizada, pero se debe tener presente que en ocasiones lo que existe en verdad es una *mercantilización instrumental carente de cualquier otro horizonte*<sup>728</sup>, que a la postre tendrá como consecuencia la banalización de la solidaridad o el altruismo.<sup>729</sup>

Por el negocio de la ayuda puede entenderse la creciente profesionalización de las Organizaciones No Gubernamentales y de su accionar, ya no se trata de organizaciones aisladas de personas voluntarias, con poco o ningún presupuesto, que se ocupan de denunciar la situación en determinado tema o realizar acciones puntuales. Se trata de actores políticos organizados a partir de la acción en la sociedad civil, la mayoría de veces subvencionados por los Estados o entidades públicas.

El factor *recursos económicos* es importante para entender la dinámica de mercantilización, pues como dice Joan Picas, “Aunque tal vez sea demasiado osado afirmar que la solidaridad – en cuanto *sentimiento*- se haya convertido en una mercancía, al menos los recursos que moviliza entran de pleno en la esfera del mercado. En tal sentido sería factible considerar que la cooperación para el desarrollo, la ayuda entre los pueblos, ha caído en el ámbito de un específico ‘mercado de la caridad’ (o ‘mercado del dolor’).”<sup>730</sup>

La profesionalización va acompañada de la continuidad, por lo que no extraña ver cómo varias ONG han asumido labores que corresponden a los Estados, bien sea por

---

<sup>726</sup> Carmen MARCUELLO SERVÓS y Chaime MARCUELLO SERVÓS, “¿Mercantilización de la solidaridad o conversión altruista?”, en *Revista Esic market*, N° 114, 2003.

<sup>727</sup> Joan PICAS CONTRERAS, “El papel de las Organizaciones No Gubernamentales y la crisis del desarrollo. Una crítica antropológica a las formas de cooperación”, tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2001, p. 204, en <http://www.tdx.cat/handle/10803/705>

<sup>728</sup> Carmen MARCUELLO SERVÓS y Chaime MARCUELLO SERVÓS, “¿Mercantilización de la solidaridad o conversión altruista?”, Op. Cit., p. 10.

<sup>729</sup> Ver Íd., p. 2. Allí se explican los casos de empresas como Pepsi, la extinta Airtel, Cepsa y la controversia en 1999 de Tabacalera con la marca Fortuna, cuando esta prometía donar el 0,7% en ayuda al *tercer mundo*.

<sup>730</sup> Joan PICAS CONTRERAS, “El papel de las Organizaciones No Gubernamentales y la crisis del desarrollo...”, Op. Cit., p. 372.

cuestiones político- ideológicas, como por ejemplo recortes presupuestarios solo a gastos en sanidad y no en gastos de funcionamiento de la Administración, o por razones de incapacidad institucional, tales como falta de infraestructura, falta de capacitación de funcionarios públicos, entre otras.

De nuevo se encuentra un círculo vicioso en el funcionamiento de los derechos fundamentales, en especial los sociales, pues al estar las ONG subvencionadas con fondos públicos pierden independencia y pasan a ser algo así como contratistas o prestadores externos de servicios de los Estados; pero tampoco resulta adecuado cortar el suministro del servicio que estas realizan, y esto continúa alimentando el ciclo de inacción estatal. Esto implica a la larga también la pérdida de potencia política de las ONG.

Lo anterior es ratificado por Juan Díaz y Carmen Bel Adell<sup>731</sup> quienes atribuyen el escaso impacto social de las ONG a su *domesticación*, dada por la dependencia a los fondos públicos y la aparente neutralidad ideológica que deben mantener. Indican los autores que las ONG, en especial las de cooperación, reciben un mínimo porcentaje de fondos públicos y son presentadas de manera hábil por los gobernantes ante la opinión pública, como la *cara buena de la ley*.<sup>732</sup> Además, sostienen que no debe confundirse bondad con neutralidad, pues las ONG no deben ser neutras, so pena de ser neutralizadas políticamente.

Para finalizar este acápite solo resta agregar que paradójicamente el negocio de la ayuda afecta el proceso político, pues sumado al rompimiento de lazos sociales tiene como consecuencia que el ciudadano común sienta que no se trata de asuntos que le afecten directamente y piense que sus preocupaciones ya están *bien representadas* por alguien más que sí tiene la capacidad real de exigirle cambios al gobierno, cuando en verdad su capacidad está mermada.

---

<sup>731</sup> Juan DÍAZ AGUILERA y Carmen BEL ADELL, “Las ONGs y sus relaciones con la Administración. Reflexiones para un debate” en *Papeles de Geografía*, N° 38 (2003), p. 83. Estos autores se refieren en sentido similar al presentado antes, al «mercado de las buenas causas» (p. 89).

<sup>732</sup> Debe tenerse presente además que una práctica usual de los gobiernos antes de la presentación del Examen Periódico Universal (EPU) ante la Organización de las Naciones Unidas es solicitar informes a las ONG que desarrollen proyectos con fondos públicos sobre sus avances, y presentarlos como avances en el correspondiente informe de país.

## 2.7. CONCLUSIONES

En el capítulo que concluye se presentaron dos definiciones vitales para el correcto entendimiento de los derechos sociales. Se usó la estrategia de definición explicativa para fijar el sentido de la expresión *derecho fundamental*, indicando que se trata de aquellas normas jurídicas que ingresan a un ordenamiento jurídico unos valores que pertenecen a una moralidad previa, por lo general a través de normas de rango constitucional, además, que se trata de una moral generalmente compartida por los miembros de una sociedad, pues hacen posible la convivencia pacífica, la protección del ser humano y el desarrollo de sus planes de vida, que además responde a los cambios sociales y culturales de acuerdo con el paso del tiempo.

Por otra parte, los derechos fundamentales ejercen una función programática mediante la que se fija, cuando menos visto desde el plano teórico, la agenda política y el rumbo de las instituciones de gobierno de una nación, pero son también una herramienta de emancipación, pues suponen que todas las personas deben ser tratadas por la ley en igualdad de condiciones y que nadie debe ser oprimido por un poder sin límites, ni control alguno.

El fundamento de estos derechos se encuentra en los valores de dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad, que son interdependientes y deben interpretarse teniendo presentes las necesidades humanas, tal y como se expuso en el primer capítulo. Estos valores fundantes permiten considerar con igual importancia a todos los seres humanos, pero se requiere de herramientas que permitan operacionalizar estos ideales. Se observa entonces la existencia de un círculo virtuoso, pues estos valores sustentan las normas jurídicas de derechos fundamentales, y con independencia de la modalidad jurídica en que estos se expresen, sociales, civiles o políticos, estos protegen la dignidad humana. No hay entonces diferencia en su naturaleza.

Esto lo corrobora el tipo de facetas que tienen los derechos sociales, pues por un lado, cuentan con una de tipo subjetivo, ya que pueden asumir la forma de libertades positivas y/o de prestaciones propiamente dichas, que le permiten a las personas desarrollar su vida en condiciones dignas y participar en la sociedad en igualdad de condiciones materiales. Adicionalmente, tienen una faceta objetiva que está dada por el rol que le corresponde al Estado ejercer para hacer dichas libertades y prestaciones posibles.

Algunos detractores de los derechos sociales sostienen que se trata de una cuestión de *derechos caros y baratos* para diferenciarlos de los de primera generación, haciendo creer que el mantenimiento y realización de estos es de bajo costo o inclusive gratuito, mientras que el de los de tipo social podría arruinar la economía de un Estado al punto de llevarlo a la quiebra, pero lo cierto es que los derechos civiles y políticos implican también cuestan, y mucho; pero la solución no es entonces recortar fondos al ejercicio de estos derechos y pasar ese porcentaje a los otros, pues como se vio a la hora de hablar de garantías sociales, todos los derechos están interrelacionados y el ejercicio de unos es a la larga garantía de los otros.

La cuestión radica entonces en racionalizar el uso de recursos públicos y direccionarlos en mejor forma hacia la protección de las personas, en crear la institucionalidad necesaria para desarrollar el contenido de todos los derechos, pero sin confundirla con el simple ensanchamiento de la burocracia.

Se requiere repensar el asunto desde el mismo proceso político de formación de la voluntad del Estado, pues no se debe perder de vista que las garantías primarias son indispensables para que existan no solo garantías de otro tipo, sino también los derechos mismos. En ese orden de ideas se debe tener en cuenta que las dos garantías políticas por excelencia serían en el Estado de Derecho y la Democracia, recordando que no basta con hablar de estas en un sentido meramente formal, sino en un sentido exigente y de democracia sustancial.

Tanto el Estado de Derecho, como la democracia constitucional (en un sentido amplio) serían condiciones previas para los derechos fundamentales, por lo que ambas podrían catalogarse como *metagarantías*, esto supone que una merma en la calidad de ambas instituciones conlleva de manera necesaria a la disminución del goce de derechos, pues recordando la famosa expresión del profesor Elías Díaz, no todo Estado con Derecho es un Estado de Derecho.

El problema de realización de los derechos no tradicionales se debe en gran parte a que a la hora de la positivización de las pretensiones morales de índole social opera el prejuicio ideológico, o prima la voluntad de unos pocos poderes insolidarios, por lo que se le otorgan garantías disminuidas a los derechos con la intención de dejarlos casi sin efecto o solo en el papel. Cobra entonces gran importancia que las personas conozcan las garantías con las que cuentan los derechos para exigir su cumplimiento, y como se mencionó antes, no se trata solo de un asunto de justiciabilidad, sino de exigibilidad.

En ese orden de ideas, las garantías sociales desempeñan un papel fundamental, pues como se vio, se trata de mecanismos relacionados tanto con la democracia y la participación política de las personas, a través de mecanismos jurídicos y con estrategias fácticas, como con la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Podría pensarse que se trata de esferas separadas y bien delimitadas, pero si se mira con detalle, las consecuencias políticas que deja el ejercicio de las garantías sociales son profundas, piénsese por ejemplo en la presión que ejerce sobre una empresa privada un boicot de consumidores o usuarios.

Ahora bien, es innegable que cada vez más los poderes fácticos afectan el ejercicio de derechos civiles y políticos con la finalidad de cercenar los mecanismos de presión social, con lo que a la vez mutilan el ejercicio de derechos sociales, pero ante esta situación no se puede entrar en la desesperanza de que ya no hay nada que hacer. Los síntomas del problema no deben confundirse con sus causas, que en este caso pueden hallarse en la crisis que atraviesan la Democracia y el Derecho, causadas principalmente por la subordinación de la Política y del Derecho a los intereses económicos y los poderes desregulados.

Es indudable que factores como la exclusión social, y el rompimiento de los lazos sociales, afectan a las garantías sociales y en consecuencia la calidad de las garantías primarias, pues por una parte no se podrán conformar movimientos sociales robustos que hagan frente al ejercicio arbitrario del poder, y por otra, no se habrá dado voz a la sociedad en el proceso de formación de la voluntad política, ni se tendrán en cuenta sus intereses y necesidades más apremiantes.

Otra situación que suma negativamente al ejercicio de garantías sociales es la pérdida de potencia política de organizaciones de la sociedad civil como las ONG, pues varias de ellas han bajado el tono de su voz crítica luego de haber sido cooptadas por los diferentes gobiernos y haberse convertido en muchos casos en contratistas o prestadores externos de servicios de los Estados. Debemos replantearnos en consecuencia el rol de varios de los actores de la sociedad civil en el desarrollo y consolidación de los derechos fundamentales, pero ello sobrepasa el objetivo del presente estudio, no solo por cuestiones metodológicas, sino por la necesidad de reunir más de una opinión sobre este tema.



Es necesario tomar consciencia de que tanto los gobiernos, los medios, el Estado y la academia “seguimos sin tomar en serio los movimientos sociales”, como sostiene César Rodríguez.<sup>733</sup> Estamos habituados a pensar que la política solo se construye desde arriba e ignoramos la influencia de las organizaciones que resisten desde abajo con la movilización colectiva: indígenas, mujeres, campesinos, migrantes, estudiantes, entre otros grupos de personas, que salen a las calles, hacen huelgas, se organizan para autoabastecerse, pero de cuyos esfuerzos poco escuchamos, gracias a que los medios más bien se ocupan de cubrir las reacciones del gobierno o del partido.<sup>734</sup>

En los capítulos que siguen se presentarán los mecanismos internacionales y nacionales de exigibilidad de los derechos sociales, en el primer caso tomando como idea central la importancia del *efecto boomerang* en su cumplimiento y desarrollo, en el segundo teniendo en cuenta que aquellos son remedios subsidiarios y los más relevantes y pertinentes están siempre en el nivel nacional.

---

<sup>733</sup> César RODRIGUEZ GARAVITO, “Tomar la protesta en serio” <http://www.elspectador.com/opinion/opinion/tomar-la-protesta-en-serio-columna-636889>

<sup>734</sup> Ibid.

### **CAPÍTULO TERCERO**

## **3. MECANISMOS INTERNACIONALES DE EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES**

### **3.1 INTRODUCCIÓN**

En las páginas siguientes se presentará una diferenciación de conceptos vital para el desarrollo de la presente tesis, la exigibilidad y la justiciabilidad. Esto debido a que una de las propuestas medulares del documento es revalorizar el rol del derecho positivo en la conformación de las políticas estatales como garantía de los derechos fundamentales, pues ya es hora de que los poderes públicos se hagan responsables ante la ciudadanía de su inacción, no se trata solo de una cuestión de diferir de manera indefinida en el tiempo el desarrollo de los derechos en un sistema jurídico, en especial los sociales, sino de que estos están positivizados desde ya hace varias décadas.

Para tal fin se plantea organizar y sistematizar parte del pensamiento doctrinal de Iberoamérica, de forma que se puedan señalar las inconsistencias existentes en la misma, en especial con las confusiones terminológicas, y luego plantear posibles soluciones de interpretación. Por ello se revisará de manera general el contenido de la exigibilidad y la justiciabilidad desde las garantías que se enmarcan en cada una de ellas, para con posterioridad pasar al examen de los mecanismos de exigibilidad y justiciabilidad a nivel internacional en los sistemas universal e interamericano de derechos humanos.

Es importante mencionar que en varias ocasiones se va a encontrar que los mecanismos de exigibilidad y de justiciabilidad tienen puntos de encuentro, pues las estrategias no se encuentran separadas tajantemente unas de otras, sino que responden a un esquema *multinivel*, como lo ha denominado Gerardo Pisarello.

El tema no es exclusivo de esta parte del trabajo, pues como se verá más adelante, en el cuarto capítulo se analizan los mecanismos de exigibilidad y justiciabilidad a nivel nacional, sin embargo, es importante aclarar que se empieza el abordaje del tema desde la esfera supraestatal – que de hecho es subsidiaria, debido a que ello permite analizar la obligatoriedad de los instrumentos internacionales y cómo esta ha irradiado a los sistemas nacionales, para determinar que no se trata de cuestiones meramente políticas y de buena voluntad, sino de aspectos de naturaleza mixta, pues lo político y lo jurídico son las dos caras de una misma moneda.

### 3.2 PRECISIONES CONCEPTUALES SOBRE LA EXIGIBILIDAD Y LA JUSTICIABILIDAD DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Se dijo páginas atrás, parafraseando a Gerardo Pisarello, que no es conveniente reducir la cuestión de la exigibilidad de los derechos sociales a su supuesta falta de justiciabilidad en estrados judiciales, por ello se tiene que empezar por aclarar la diferencia entre estos dos conceptos.

De acuerdo con Jaume Saura Estapà<sup>735</sup> la exigibilidad está relacionada con dos conjuntos de elementos, por una parte los relacionados con la existencia misma del derecho y por otra los de su exigencia:

“la exigibilidad, en un sentido lato, tiene que ver con la concreción del alcance del derecho (su contenido esencial); la identificación de sus titulares, así como del responsable de hacerlo efectivo; y, sólo por último, la existencia de vías formales de acceso de los primeros a los segundos para reclamarles en Derecho el respeto a los derechos de aquéllos mediante el cumplimiento de las obligaciones de estos. Estas vías de acceso pueden ser jurisdiccionales, pero también administrativas u otras.”<sup>736</sup>

Como se puede apreciar, el autor pone de manifiesto que la diferencia entre los conceptos se encuentra precisamente en las vías de acceso, haciendo énfasis en la diversa índole de estas y caracterizando que la vía jurisdiccional o *justiciabilidad* es solo una de las posibles formas de hacer exigible el derecho. Agrega el autor que ésta última depende más de las leyes procesales que del carácter inherentemente exigible o no de algún derecho<sup>737</sup>.

Esto coincide con los planteamientos de Ferrajoli cuando indica que las lagunas en las garantías de los derechos fundamentales no equivalen a su inexistencia, sino que se trata de defectos en la formación de las normas jurídicas que dificultan a la postre su ejercicio o reclamación.

Ahora bien, aunque Saura Estapà delimita los rasgos de identificación de los conceptos no les da una definición,<sup>738</sup> por tal razón, a continuación se proponen las

---

<sup>735</sup> Jaume SAURA ESTAPÀ, “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (Desc)”, en *Papeles el tiempo de los derechos*, Nº 2, Universitat de Barcelona, Institut de Drets Humans de Catalunya, Barcelona, 2011, p. 4 y ss.; y del mismo autor: “El derecho humano a la alimentación y su exigibilidad jurídica”, en *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 3, Nº 1, 2013, p. 10 y ss.

<sup>736</sup> *Ibíd.*, p. 5.

<sup>737</sup> *Ibíd.*

<sup>738</sup> *Ibíd.* SAURA ESTAPÀ cita las definiciones de Martínez de Pisón pero se separa de ellas pues continúan la confusión entre los conceptos que precisamente se quieren diferenciar, pues este último autor

definiciones que permitirán continuar con la exposición del presente documento.

### 3.2.1 Exigibilidad

La exigibilidad se refiere a la facultad de solicitar el cumplimiento inmediato de un derecho fundamental,<sup>739</sup> mientras que la justiciabilidad hace referencia a dicha facultad, pero en el ámbito restringido de un proceso judicial o cuasi-judicial.<sup>740</sup> Se puede entender entonces que la exigibilidad es el género, mientras la justiciabilidad es la especie.

En este sentido se pronuncia María José Añón cuando indica que “Es posible afirmar que la exigibilidad no es solo una cuestión judicial y, que la tutela judicial [de los derechos sociales] está plenamente justificada y es posible.”<sup>741</sup>

La diferenciación entre los conceptos bajo estudio se abre paso en la doctrina desde hace poco tiempo, pues se les solía entender como términos sinónimos. En ese orden de ideas, y de acuerdo con lo que indica Jordi Bonet<sup>742</sup>, puede rastrearse el origen de la diferencia de los conceptos en la “Declaración de principios sobre la exigibilidad y

---

relaciona la exigibilidad con el reclamo judicial del cumplimiento de las obligaciones derivadas.

<sup>739</sup> Se toma como referencia la definición de la RAE del verbo exigir: “Pedir imperiosamente algo a lo que se tiene derecho.” <http://dle.rae.es/?id=HFSa5Cc> La palabra *exigibilidad* no se encuentra definida por esta entidad, y al buscar en su sección “Diccionario del español jurídico” se encuentran definiciones relacionadas con derecho penal pero que no guardan relación con la temática aquí estudiada (<http://dej.rae.es/#/entry-id/E121780>).

Por otra parte, los diccionarios jurídicos contextualizan el término en el derecho civil y mercantil, con relación a las obligaciones puras y simples, definiéndolo por ejemplo como la “Facultad de solicitar el cumplimiento o ejecución de una obligación” (definición tomada de <http://www.dwabogados.es/html/esp/rec/0.22/E/179/exigibilidad.htm> Consulta: 10 de septiembre de 2012); como sinónimo de Crédito (<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/cr%C3%A9dito/cr%C3%A9dito.htm>); o también en el derecho fiscal, con relación a la mora del sujeto pasivo (<https://www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=83>).

<sup>740</sup> Entendiendo por así a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la conciliación o mediación, la amigable composición, entre otros, administrados por particulares y con efectos similares a los de las sentencias judiciales. Estos también resultarían propicios para la protección de derechos sociales, especialmente si involucran a particulares como posibles vulneradores de derechos o responsables de su satisfacción, por ejemplo en los conflictos laborales y sindicales o en los de usuarios de servicios de salud pública gestionada por particulares como ocurre en Colombia.

<sup>741</sup> María José AÑÓN, “Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 44, Universidad de Granada, 2010, p. 38. En este punto coincide con los planteamientos de Gerardo Pisarello, en especial en *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Op. Cit., p. 56 y ss.

<sup>742</sup> Jordi BONET PÉREZ, “Introducción general: presupuestos y dinamismo evolutivo de la exigibilidad jurídica internacional de los derechos económicos, sociales y culturales” en Jordi BONET PÉREZ y Rosa Ana ALIJA FERNÁNDEZ (edits.), *La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sociedad internacional del siglo XXI: Una aproximación jurídica desde el derecho internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 13-14.

realización de los Desc en América Latina y el Caribe” (Declaración de Quito) del 24 de julio de 1998.

En este documento, emanado de organizaciones de la sociedad civil, se indican como principios sobre la exigibilidad y realización de los Desc los siguientes<sup>743</sup>:

-La exigibilidad es un proceso social, político y legal. (#19)

-Los Desc son exigibles a través de diversas vías: judicial, administrativa, política, legislativa. En el marco de acciones políticas y sociales, a nivel nacional e internacional. (#23)

-Los Desc son exigibles directamente por las personas, incluso ante su omisión en la reglamentación legal, en virtud de los instrumentos internacionales y constitucionales que los contemplan. (#24)

Como se puede observar, la exigibilidad es un fenómeno que rebasa las esferas judicial y de nivel nacional. Por estas razones explica Areli Sandoval<sup>744</sup> que se pueden identificar, cuando menos, dos dimensiones de exigibilidad: la política y la jurisdiccional<sup>745</sup>. Indica la autora que la exigibilidad política:

“se refiere a todas aquellas acciones que promueven la mejora de condiciones para la realización de los DESC o la solución de una situación violatoria de los mismos pero a través de iniciativas de incidencia en políticas públicas y programas gubernamentales; cabildeo de iniciativas de ley o de reforma a las ya existentes; demanda de aumento o reasignaciones presupuestales en materia social; y denuncia pública de violaciones mediante boletines de prensa, programas de radio, movilizaciones, informes alternativos a los gubernamentales para ser presentados en instancias no jurisdiccionales nacionales e internacionales —como las comisiones públicas de derechos humanos, el Comité de DESC de la ONU y la Comisión Interamericana.”<sup>746</sup>

---

<sup>743</sup> Primer Encuentro Latinoamericano sobre la Exigibilidad de los Desc (22 al 24 de julio de 1998), “Declaración de principios sobre la exigibilidad y realización de los Desc en América Latina y el Caribe” (Declaración de Quito) del 24 de julio de 1998, en <https://www.escri-net.org/es/recursos/declaracion-quito-acerca-exigibilidad-y-realizacion-derechos-economicos-sociales-y>

<sup>744</sup> Areli SANDOVAL TERÁN, “Experiencias de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en México desde organizaciones de la sociedad civil”, en Ernesto ISUNZA VERA y Alberto OLVERA (coords.), *Democratización, rendición de cuentas y sociedad civil: participación ciudadana y control social*, México DF, Cámara de Diputados/CIESAS/Universidad Veracruzana/Miguel Ángel Porrúa, 2006, p. 112.

<sup>745</sup> Basado en el trabajo de Areli SANDOVAL, “Experiencias de exigibilidad...”, Op. Cit., se expresa en el mismo sentido Jordi BONET, “Introducción general (...)”, Op. Cit., p. 14.

Ambos autores aluden a exigibilidad política y jurídica pero en el presente documento se preferirá la expresión exigibilidad *jurisdiccional*, pues permite evitar confusiones terminológicas.

<sup>746</sup> Areli SANDOVAL, “Experiencias de exigibilidad...”, Op. Cit., p. 112.

La exigibilidad política entonces implica poner en funcionamiento una serie de estrategias de cumplimiento, fuera de los tribunales. Como se puede ver se trata de acciones que involucran principalmente a la sociedad civil por lo que juegan un rol relevante las garantías sociales o extra-institucionales, de las que se habló en el anterior capítulo, pero también las garantías políticas.

De acuerdo con lo anterior, es importante contextualizar cómo estas se interrelacionan. De acuerdo con la exposición de Gerardo Pisarello, las garantías políticas coinciden con las garantías primarias, y son “los mecanismos de tutela encomendados a órganos estatales de tipo legislativo y ejecutivo.”<sup>747</sup> Dentro de estas se encuentran las garantías constitucionales, que se dividen en *procedimentales* y *sustanciales*; en las primeras están (i) la rigidez constitucional, como garantía de estabilidad de los contenidos de derechos; (ii) la división de poderes y (iii) la reserva de ley, de acuerdo con la cual solo el poder legislativo puede expedir normas que tengan relación con los derechos, y de manera residual el poder ejecutivo podrá hacerlo también para desarrollar los mandatos normativos de aquel.<sup>748</sup>

En las garantías constitucionales de tipo sustancial están (i) el contenido constitucional de derechos o *contenido esencial*, que ni siquiera el legislador podría tocar; (ii) la estipulación de instancias específicas de control, por ejemplo las defensorías del pueblo, tribunales de cuentas o el sistema de control constitucional difuso o concentrado.<sup>749</sup>

Por otra parte están las garantías del legislativo que, según explica Pisarello, pueden ser medidas de control sobre el poder ejecutivo, de tipo *ordinario* o *extraordinario*. Así se encontrarían como medidas del primer grupo a las preguntas, interpelaciones, comisiones de investigación u otras medidas de presión, dependiendo de la dogmática de cada país, con las que se busque la rendición de cuentas sobre temas como por ejemplo el uso de recursos públicos o el sentido de las políticas puestas en marcha; las medidas extraordinarias por otra parte buscan determinar si los gobernantes de turno permanecen o no, por ello se encuentran en este grupo mecanismos como las mociones de censura (en regímenes parlamentarios) y los juicios políticos (en los

---

<sup>747</sup> Gerardo PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Op. Cit., p. 115.

<sup>748</sup> *Id.*, p. 116.

<sup>749</sup> *Ibid.*

sistemas presidencialistas).<sup>750</sup> A continuación se esquematizan las garantías señaladas:

Tabla 10  
**Garantías políticas**

<b>Constitucionales</b>	Procedimentales: rigidez constitucional; división de poderes (sistema de contrapesos) y reserva de ley.	
	Sustanciales: contenido constitucional de los derechos; estipulación de instancias específicas de control; indicación de las obligaciones y deberes que vinculan a los poderes públicos.	
<b>Del Legislativo y el Ejecutivo</b>	Medidas de control:	Ordinarias: preguntas, interpelaciones, comisiones de investigación, otras medidas de presión.
		Extraordinarias: mociones de censura, juicios políticos.
	De tipo legal formal	Reserva de ley: Primacía en el desarrollo y concreción de los derechos constitucionalmente establecidos
	De tipo legal material	1. Respeto al contenido mínimo o esencial (constitucional por lo general) de los derechos. 2. No regresividad arbitraria 3. Deber de progresividad 4. Prohibición de discriminación y principios de generalidad y universalidad de la ley.
Fuente: Gerardo Pisarello <sup>751</sup> Elaboración propia		

Visto lo anterior es posible concluir que las garantías sociales son vitales para poner en funcionamiento muchas de las garantías políticas, pero también que no son condición necesaria para que estas actúen, pues desde el texto constitucional se encuentra establecido el rol que tanto el poder legislativo como el ejecutivo deben ejercer en el desarrollo de los derechos fundamentales, pese a lo anterior sería ingenuo creer que las garantías primarias funcionan a la perfección, pues como se ha visto en tiempos de crisis éstas han fallado a la hora de realizar los derechos sociales, empezando por ejemplo por la adopción de medidas regresivas que difícilmente pasarían un test de razonabilidad.

Sin embargo, cobra especial relevancia conocer que la sociedad civil cuenta con muchas herramientas de tipo político a la hora de activar las garantías respectivas para demandar el cumplimiento de derechos sociales, y no solo por vía de la jurisdicción. En ese orden de ideas es pertinente pasar a analizar la otra esfera de la exigibilidad de derechos, la judicial.

<sup>750</sup> Íd., p. 117.

<sup>751</sup> Íd., p. 115-119.

### 3.2.2 Justiciabilidad

De acuerdo con Areli Sandoval “La exigibilidad como proceso legal o exigibilidad jurídica se conoce como *justiciabilidad* e implica la defensa de derechos violados ante tribunales y otras instancias jurisdiccionales”.<sup>752</sup> Por su parte, Luigi Ferrajoli explica que la justiciabilidad es la accionabilidad en juicio frente a los sujetos responsables de la violación de un derecho fundamental (liberal o social), sea por comisión u omisión.<sup>753</sup>

Con posterioridad en su obra *Principia Iuris* explica que la justiciabilidad es “la expectativa de obtener justicia contra las transgresiones jurídicas, garantizada por las obligaciones correspondientes de la anulación o de la condena de las mismas”<sup>754</sup>; por ende está relacionada con las garantías secundarias de anulabilidad y responsabilidad, que en su teoría tienen respectivamente los efectos de anulación de actos inválidos y de obligación de condena de actos ilícitos.

En el mismo sentido se expresan Víctor Abramovich y Christian Courtis quienes la definen como: “la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho”<sup>755</sup>, o visto desde otro punto de vista, sería según estos mismos autores: “el poder jurídico para actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida.”<sup>756</sup>

Se debe tener precaución sin embargo con esta definición pues los autores la vinculan a otro aspecto, para ellos lo que determina la existencia del derecho social es precisamente la posibilidad de reclamo, pues aunque las personas gocen de una prestación que satisfaga un derecho social, por ejemplo un grupo de personas amenazadas por el hambre que reciben alimentos habitualmente de parte del Estado, si no tienen la posibilidad de reclamar judicialmente su incumplimiento, entonces no se podrá afirmar que gozan de ese derecho.<sup>757</sup>

Considero que Courtis y Abramovich incurren sin querer en un error teórico, pues lo que en efecto sucede es que las personas sí gozan del derecho, pero por una

---

<sup>752</sup> Areli SANDOVAL, “Experiencias de exigibilidad...”, Op. Cit., p. 112.

<sup>753</sup> Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 917.

<sup>754</sup> Luigi FERRAJOLI, *Principia Iuris, Tomo I*, Op. Cit., p. 523.

<sup>755</sup> Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 37.

<sup>756</sup> Ibid.

<sup>757</sup> Ibid.



parte, el mismo estaría afectado por la falta de garantías secundarias, y por otra, tiene unas garantías primarias precariamente elaboradas. Sostener lo contrario podría equivaler a adherirse al argumento según el cual los derechos sociales no son verdaderos derechos por cuanto no son exigibles judicialmente, argumento que ha sido desmontado en el presente trabajo desde el primer capítulo.

Entienden además que existen dos tipos de formas de exigibilidad (judicial) de los derechos sociales, la *directa* y la *indirecta*.<sup>758</sup> Por la primera entienden el litigio directo de derechos sociales de manera autónoma, y por la segunda, el litigio de derechos sociales a través de su vinculación con derechos civiles y políticos.

#### **a) Justiciabilidad directa<sup>759</sup>**

En este caso la conducta exigible del Estado con relación al derecho social es claramente determinable, y por ende, la violación de la obligación estatal también. Se pueden presentar los reclamos de manera individual o colectiva. Además, las acciones judiciales deben encaminarse a obtener la conducta debida para reparar la violación del derecho, teniendo presente el respectivo nivel de obligación: respeto, protección y satisfacción.

Distinguen Abramovich y Courtis que en las obligaciones de respeto el Estado puede vulnerar derechos por (i) acción (conducta positiva) bien sea por actuación normativa (dictado de normas o actos jurídicos) o por una actuación de hecho, o por (ii) adopción de medidas regresivas. Mientras que en las obligaciones de protección y satisfacción las vulneraciones ocurren principalmente por omisiones, al no adoptar medidas a las que el Estado se obligó en virtud de instrumentos internacionales o de su propia constitución.

Cuando esto ocurre, los autores indican que la “exigencia del derecho a partir del reclamo judicial comprende dos segmentos diferenciables”<sup>760</sup>:

---

<sup>758</sup> Íd., p. 132 a 248. Es preciso indicar sobre este aspecto que Jaime Saura, “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos...”, Op. Cit., se apoya en el trabajo de Abramovich y Courtis para indicar que existe una diferencia entre la exigibilidad y la justiciabilidad, pero relaciona la exigibilidad con la exigibilidad judicial indirecta y la justiciabilidad con la exigibilidad judicial directa. En mi concepto todos los autores cometen un yerro no intencionado, pues reducen la exigibilidad a la judicial, y como se ha visto, se trata de un concepto más amplio que incluye cuando menos también una esfera política.

<sup>759</sup> Íd., p. 132 y ss.

<sup>760</sup> Íd., p. 134.

1) La declaración de que la omisión estatal constituye una violación del derecho en cuestión. Se confrontan las medidas que el Estado adoptó, u omitió, con las que debía adoptar, para determinar la cobertura del derecho. Esto se hace por ejemplo a través de la metodología de indicadores estadísticos. Este segmento, explican los autores, es relevante en la medida que reconocer una situación de hecho ilegal por parte de uno de los poderes del Estado, puede acarrearle como consecuencias la exigencia de responsabilidad internacional o cuando menos generar la posibilidad de un reclamo por daños y perjuicios.

2) El emplazamiento al Estado a realizar la conducta debida. La reparación en estos casos implica al menos la adopción de las medidas omitidas para satisfacer el derecho, y/o el resarcimiento de perjuicios. El órgano judicial debe señalar a los poderes políticos el carácter de la conducta debida: (i) a partir del resultado concreto requerido, por ejemplo, una relocalización de personas desalojadas forzosamente; o en caso de existir una única medida posible para lograr el resultado requerido (ii) describiendo con precisión la acción que debe adoptarse.

#### **b) Justiciabilidad indirecta<sup>761</sup>**

Cuando sea imposible la tutela judicial directa del derecho social se debe recurrir a las estrategias de protección indirecta, en ese caso, se deben tener en cuenta violaciones a aspectos claramente justiciables como los siguientes: (i) principio de igualdad y prohibición de discriminación, en el supuesto de que un derecho social ha sido reconocido a un grupo de personas excluyendo de manera irracional a otro en situación similar; (ii) debido proceso, dentro del que se encuentran por ejemplo: acceso a la justicia, plazo razonable, igualdad de armas, impugnación (y revisión judicial de decisiones administrativas), recurso judicial efectivo, ley previa, notificación, derecho a ser oído, entre otros.

Además, dentro de las vías de justiciabilidad indirecta se encuentra la protección por conexidad: (iii) A través de derechos civiles y políticos, pues están interrelacionados y el “límite entre una y otra categoría de derechos resulta ciertamente borroso.”<sup>762</sup> En este caso cuando no existan mecanismos de justiciabilidad directa de los derechos

---

<sup>761</sup> Íd., p. 169 a 234.

<sup>762</sup> Íd., p. 200.

sociales, aconsejan Abramovich y Courtis, se debe acudir a la estrategia indirecta de reformular las obligaciones justiciables del Estado en cuanto a derechos civiles y políticos para discutir la violación de aquellos por esta vía, protegiéndolos entonces por conexidad.<sup>763</sup>

En este caso existen dos posibles estrategias, la primera, traducir la violación de un derecho social en la de un derecho civil, teniendo en cuenta que en algunos casos la conexión teórica y práctica de derechos es obvia, por ejemplo en el derecho a la vida y la salud, en la propiedad y la vivienda, etc. La segunda es problematizar judicialmente el contexto socio-económico en que se ejercen los derechos civiles y políticos, pues si es desfavorable, constituye el obstáculo por excelencia para el ejercicio de cualquier derecho.<sup>764</sup>

Otra posible estrategia que se puede utilizar para exigir judicialmente los derechos sociales consiste en (iv) la protección de derechos sociales por otros derechos sociales. Abramovich y Courtis indican que existen unos derechos sociales que cuentan con mejores garantías, por lo que los denominan derechos sociales «fuertes», mientras que otros no las tienen y por ende son «debilitados», así que es posible utilizar las garantías de los primeros para proteger a los segundos por conexidad. Como ejemplo se encuentran derechos ambientales que permiten proteger las condiciones laborales (de salubridad, seguridad, dignidad, etc.), o los del consumidor que pueden servir para proteger a los usuarios de los servicios de salud, educativos, entre otros.<sup>765</sup>

Existe otra posibilidad de justiciabilidad indirecta de los derechos sociales, y consiste en que estos (v) constituyen límites a los derechos civiles y políticos, bien sea porque en el sistema jurídico se establecen limitaciones basadas en el interés social o colectivo, por ejemplo al derecho a la propiedad o a la libertad de negociación, o bien porque se establecen mecanismos de defensa de grupos desaventajados frente a amenazas de recorte o aniquilación de un derecho social tal como la vivienda o la salud, por ejemplo, las personas con VIH/Sida o drogodependientes.<sup>766</sup>

La última posibilidad de exigibilidad judicial indirecta está relacionada con (vi) el reclamo de información relativa a los derechos sociales. Esta posibilidad está

---

<sup>763</sup> *Ibid.* Señalan Abramovich y Courtis que esta vía es especialmente relevante para países como España y Chile, en la que los catálogos de derechos que gozan de garantías jurisdiccionales se reduce prácticamente a los civiles y políticos.

<sup>764</sup> *Íd.*, p. 200 y ss; p. 217 y ss respectivamente.

<sup>765</sup> *Íd.*, p. 220-224.

<sup>766</sup> *Íd.*, p. 224-234.

vinculada a la obligación estatal de contar con información suficiente sobre la situación de los derechos sociales en su territorio, de esta forma, además de permitir el acceso a ésta en condiciones de igualdad, debe producir y poner a disposición de las personas al menos la que esté referida a la situación de las diferentes áreas concernidas, en especial si se requiere medición con indicadores, y el contenido de las políticas públicas desarrolladas o proyectadas, sus fundamentos, objetivos, plazos, recursos, etc. Esto debido a que si no se conoce la situación actual de un derecho social, con dificultad se podrá evidenciar su vulneración pues no habrá elementos para comparar, y mucho menos se podrá determinar el incumplimiento del deber de progresividad.<sup>767</sup>

En este caso se puede evidenciar que no se trata de un deber que se encuentra separado de la gestión pública, pues dentro de los sistemas jurídicos se encuentran principios y obligaciones que rigen al servicio público tales como la publicidad de los actos de gobierno y la administración, el acceso a la información y la petición de información<sup>768</sup>.

Además, debe entenderse esta posibilidad en el marco de procesos de toma de decisiones tales como impactos ambientales, consultas previas a pueblos indígenas y minorías étnicas, derechos de los consumidores, derechos laborales (en relación con el impacto de la gestión de la empresa para el ejercicio de derechos sindicales y de los trabajadores), entre otros.<sup>769</sup>

Luego de enunciar las estrategias de justiciabilidad indirecta, se puede observar que el tema de la exigibilidad judicial de los derechos fundamentales, y en particular de los de tipo social, no se reduce a la posibilidad de enjuiciarlos a partir de una única y perfectamente delimitada faceta, que en caso de no existir, los haría inexistentes o cuando menos inexigibles. Es evidente también que no se trata de estrategia puras, es decir, o únicamente jurisdiccionales o solo de tipo político, sino que se evidencia que la fortaleza de estas estrategias radica en combinar de manera inteligente facetas políticas y herramientas legales ante los jueces.

---

<sup>767</sup> Íd., p. 234-248.

<sup>768</sup> Que en países como en Colombia tiene la categoría de derecho constitucional (art. 23 de la Constitución) y que se encuentra desarrollado y reglamentado por la Ley 1755 de 2015. Lo primero implica además que en caso de que sea vulnerado proceda la acción de tutela.

<sup>769</sup> Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 236 y 237.

### c) Justiciabilidad según la finalidad

Otra manera de clasificar la justiciabilidad está dada por la finalidad perseguida con las formas de adjudicación. Indica al respecto María José Añón<sup>770</sup> que las reclamaciones jurisdiccionales pueden ser directas o indirectas, si es más o menos sencillo el planteamiento, pero que también pueden ser reparatoras, compensadoras o preventivas. Si bien la autora no desarrolla cada una de estas clasificaciones, parece que sus planteamientos vienen del trabajo de Robert Alexy, quien indica lo siguiente:

“Que un derecho admita una protección judicial directa perfecta o **reparadora** (digamos, la reivindicación o restauración del titular en el disfrute del derecho, como el derecho de propiedad) o una protección judicial directa imperfecta o **compensadora** (digamos, la indemnización por la violación del derecho, como el derecho a la integridad física) o una protección judicial indirecta generalmente **preventiva** (digamos, una sanción al que viola el derecho, como el derecho a la vida) no permite derivar que uno sea un derecho más importante o más real que otro, sino sencillamente que uno es más fácil de satisfacer o de proteger que el otro.”<sup>771</sup>

Como se puede observar, Alexy tiene en cuenta dos criterios clasificatorios, si la protección es directa o indirecta, y en el primer caso tiene en cuenta a la vez si es perfecta o imperfecta, es decir, si se restituye el goce del derecho o si ello no es posible. Por otra parte, la protección indirecta preventiva se relaciona más con la función de prevención general típica del derecho penal, que con las obligaciones internacionales que le asisten a los Estados, y que se verán más adelante.

Esta clasificación tiene una utilidad no solo teórica, sino también práctica, pues permite dimensionar si en estrados judiciales resulta mejor emplear una estrategia directa o una indirecta a la hora de presentar demandas relacionadas con derechos sociales. Esto podría resultar de utilidad tanto para los litigios nacionales como para las demandas internacionales de responsabilidad de los Estados.

Ahora bien, teniendo en cuenta que se hace alusión a la palabra *reparación*, es importante realizar un par de aclaraciones sobre su uso dentro de la justiciabilidad según la finalidad. De acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos se ha

---

<sup>770</sup> María José AÑÓN, “Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Nº 44, Universidad de Granada, 2010, p. 39

<sup>771</sup> Robert ALEXY, *Derechos sociales y ponderación*, 2ª ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 194-195.

establecido que la reparación integral comprende cinco aspectos<sup>772</sup>: (i) la restitución completa (*restitutio in integrum*), (ii) la indemnización o compensación, (iii) la rehabilitación, (iv) la satisfacción y (v) las garantías de no repetición.

La restitución completa implica que se restablezca a la situación anterior a la violación de derechos a la persona, mientras que la indemnización supone reparar económicamente a las víctimas por los daños y perjuicios físicos, morales y materiales, entre otros, que sufrieron. La rehabilitación está orientada específicamente a la mitigación de los padecimientos físicos y psicológicos de la persona para restablecer su dignidad y reputación.<sup>773</sup>

La satisfacción se orienta por una parte, a la búsqueda de la verdad a través de la investigación y sanción de responsables, y por otra, a la reparación simbólica a través de diversos mecanismos como las disculpas públicas, memoriales, homenajes, publicaciones, etc. Por último, las garantías de no repetición están enfocadas a establecer medidas de tipo administrativo, legislativo o judicial, para que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones de derechos y que lo que le ocurrió no le pase a nadie más, se incluyen aquí por ejemplo la capacitación en derechos humanos y la derogación de leyes.<sup>774</sup>

Como se puede observar, la *restitutio in integrum* y la rehabilitación se corresponden con la categoría ‘protección judicial directa perfecta o reparadora’ de Alexy, mientras que la indemnización o compensación y la rehabilitación lo hacen con la ‘protección judicial directa imperfecta o compensadora’, y las garantías de no repetición coincidirían en algún grado con la ‘protección judicial indirecta preventiva’.

El esquema de reparación integral ha sido utilizado sobre todo en casos de graves violaciones de derechos humanos, en donde se afecta principalmente el derecho a la vida y a la integridad física, pero poco a poco se hace eco en la reparación de violaciones de derechos fundamentales de tipo social.

---

<sup>772</sup> Aura Patricia BOLÍVAR JAIME, “Mecanismos de reparación en perspectiva comparada”, en Catalina Díaz Gómez, Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny Yepes, eds., *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, ICTJ / DeJusticia, Bogotá, 2009, p. 73.

En el mismo sentido Rodrigo UPRIMNY y María Paula SAFFON, “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”, en Catalina Díaz Gómez, Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny Yepes, eds., *Reparar en Colombia...* Op. cit., p. 31.

<sup>773</sup> Ibid.

<sup>774</sup> Ibid.

Por ejemplo, en el sistema interamericano se puede mencionar la sentencia del caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador<sup>775</sup>, que aunque cauta, declara la responsabilidad del Estado ecuatoriano por violación de los derechos de Talía Gabriela Gonzales Lluy a la vida e integridad personal (por el daño a su salud), a la educación y a la garantía judicial del plazo, dado su contagio con VIH cuando tenía 3 años de edad y la subsecuente discriminación que ella y su familia sufrieron, además del menoscabo de otros derechos como la vivienda, la salud y el trabajo, aunque lastimosamente la Corte IDH no declaró la violación de estos Desc, perdiendo así una invaluable oportunidad para reafirmar la interdependencia de todos los derechos y continuar sentando líneas jurisprudenciales sobre derechos sociales en la región.<sup>776</sup>

Por otra parte, vale la pena destacar que esta clasificación aporta en el entendimiento de que ya no es sostenible seguir diferenciando los derechos civiles y políticos de otros a partir de su justiciabilidad o no, pues se trata de derechos positivizados aunque sea de manera imperfecta.

Concluye Alexy su explicación sobre la protección perfecta o imperfecta sosteniendo que: “El que una constitución, o la legislación que la desarrolla, no proteja eficazmente (incluso mediante la autorización de decisiones judiciales reparatorias, compensadoras o sancionadoras) el derecho a la educación o el derecho a la salud sólo significa que el derecho a la educación o el derecho a la salud están jurídicamente muy mal protegidos en tales casos.”<sup>777</sup>

Se reafirma de esta forma que los derechos sociales adolecen de problemas en sus garantías, pero ello no equivale a que no sean verdaderos derechos y que por ende no merezcan protección del Estado. Sin duda en algunos casos será más fácil solicitar en estrados judiciales el cumplimiento de derechos sociales, mientras que en otros,

---

<sup>775</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia del Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, 1 de septiembre de 2015, en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_298\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_298_esp.pdf)

<sup>776</sup> Aunque se debe tener presente que en el caso Lagos del Campo vs Perú la Corte IDH haciendo uso de la competencia *iura novit curia* dio un importante paso en la protección del derecho al trabajo al abordar la faceta de la estabilidad laboral en relación con el debido proceso en casos de despido injustificado. Este fallo es la primera decisión que expresamente declara la violación del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos; por otra parte, la Corte IDH reitera que existe interdependencia e indivisibilidad entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, que entre estos no hay jerarquía y que serán “exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello” (párr. 141). CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia del Caso Lagos del Campo vs Perú*, 31 de agosto de 2017, en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_340\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf)

<sup>777</sup> Robert ALEXY, *Derechos sociales y ponderación*, Op. cit., p. 196.

dependerá de la sagacidad y estrategias de exigibilidad judicial indirecta que se planteen quienes buscan defender estos derechos.

#### **d) Dificultades y límites de la justiciabilidad**

Luego de plantear en líneas generales los posibles espacios de justiciabilidad de los derechos sociales, es importante hablar también sobre sus dificultades y límites, pero para hacerlo se debe recordar que estos obstáculos son en algunos casos argumentaciones falaces y en otras magnificaciones del problema. Por ello, han explicado Abramovich y Courtis que no se trata de algo nuevo, sino de una dolencia que también afecta a los derechos civiles y políticos: “las excusas y obstáculos para postergar su exigibilidad son en su mayor parte comunes, y por ende las estrategias para superarlas son similares, y replicables complementariamente sea en el ámbito nacional, sea en el internacional.”<sup>778</sup>

Un primer acercamiento a este tema se encuentra en la obra de Rodolfo Arango<sup>779</sup>, quien explica que se pueden observar tres clases de problemas desde la perspectiva constitucional, estos son de orden cognoscitivo, metodológico y funcional. El primero hace referencia a las dificultades para reconocer un derecho social fundamental en contextos ideologizados, el segundo se relaciona con el contenido del derecho, que puede reconocerse por medio de los métodos de interpretación constitucional, pero que es rechazado por la opinión mayoritaria; el último se refiere a la repartición adecuada de competencias entre el legislativo y la justicia constitucional.

Esta enunciación coincide más o menos con las dificultades de adecuación procesal, las de competencia y las de ejecución, enunciadas por Abramovich, Courtis y Pisarello y que se presentan de manera detallada a continuación.<sup>780</sup>

---

<sup>778</sup> Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 121

<sup>779</sup> Rodolfo ARANGO, “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales”, en *Revista Derecho Público*, N° 12, Universidad de los Andes, Bogotá, 2001, p. 185 a 187 y *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005, p. 115 y ss.

<sup>780</sup> Se utilizará como apoyo para este apartado la enunciación de Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 40 y 42; y de Gerardo PISARELLO, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Op. Cit., p. 60 y ss.



*1) Dificultades de adecuación procesal – falta de garantías*

En este conjunto de obstáculos se encuentran (i) la ambigüedad y/o falta de garantías primarias, (ii) la falta de acciones o garantías procesales (garantías secundarias), (iii) el carácter colectivo de muchos de los reclamos y (iv) la situación real en el acceso a la justicia, en especial de personas y colectivos en mayor situación de vulnerabilidad<sup>781</sup>.

Estas dificultades giran en torno a la falta de estipulación o a la positivización defectuosa de las normas que deben establecer las garantías primarias y secundarias. Es usual que se argumente en contra de los derechos sociales indicando la imposibilidad de cumplir las prestaciones relacionadas con ellos, por ello, advierte Gerardo Pisarello, que la satisfacción del contenido de un derecho social no puede llevarse a la *reductio ad absurdum*, de sostener, por ejemplo en el caso del derecho a la vivienda, que este consiste en “el derecho a recibir una casa gratis, incondicional, en cualquier circunstancia”<sup>782</sup>, o de otorgar un puesto de trabajo.

Abramovich y Courtis plantean un punto muy interesante, y es que la posibilidad de accionar o no jurisdiccionalmente la defensa los derechos sociales tendrá que evaluarse con relación a las obligaciones que debe cumplir el Estado, pues en materia de derechos sociales estos tienen tanto obligaciones positivas como negativas o de abstención, que generan amplios espacios de justiciabilidad, teniendo en cuenta dos situaciones: (1) la no prestación basada en discriminación, y, (2) la abstención fijada por las normas jurídicas.<sup>783</sup>

Como ejemplo indican estos autores la violación del derecho a la salud por contaminación ambiental causada por agentes estatales, o del derecho a la educación por no permitir que alguien ingrese al sistema educativo por su nacionalidad, etnia, etc.

En ese orden de ideas, otros ejemplos de abstenciones mediante las cuales los estados pueden cumplir derechos sociales, pero esta vez con relación al derecho al trabajo, podrían ser la no expropiación (sin justa causa, debido proceso e indemnización previa) de un terreno que constituya el sustento de una familia campesina, o más cercano

---

<sup>781</sup> Gerardo PISARELLO, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Op. Cit., p. 74

<sup>782</sup> *Id.*, p. 60

<sup>783</sup> Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 41.

al contexto español, la no discriminación en el otorgamiento de subsidios y/o ayudas a sectores de la economía a punto de la quiebra.<sup>784</sup>

Por otra parte, hay prestaciones que no ofrecen dificultad alguna cuando se habla de derechos sociales pues están claramente establecidas. Concluyen Abramovich y Courtis que no existe en la actualidad un derecho social, que al menos no tenga una faceta que sea posible exigir judicialmente.<sup>785</sup>

Vale la pena recordar las palabras de Gerardo Pisarello con relación a esta dificultad: “No es de recibo pretender que porque todos los contenidos de un derecho no puedan exigirse ante un tribunal, dicho derecho se convierta automáticamente en no justiciable, o peor, en un simple reclamo político o moral. (...) Su justiciabilidad no equivale a que jueces y tribunales otorguen casas, medicamentos, plazas escolares e ingresos de manera automática e incondicional, o a que sean los encargados de diseñar concretas políticas públicas en estos ámbitos.”<sup>786</sup>

De nuevo, el problema se remite a lagunas del sistema jurídico, por cuanto las constituciones modernas establecen la vinculatoriedad jurídica de los derechos sociales, usualmente a través de cláusulas de efecto y aplicación inmediata, o bien, como en el caso español, en principios jurídicos que deben regir la actuación de los poderes públicos. En todo caso se trata de normas jurídicas de obligatorio cumplimiento.

La dificultad surge cuando esta norma no dice cómo hacerlo, y deja el establecimiento de los medios para lograrlo a la actuación de los poderes públicos mediante el ejercicio del debate democrático, pero a la vez impone a los jueces y juezas el deber de proteger los derechos. Es en este momento cuando surge el segundo orden de obstáculos, que se enuncia a continuación.

---

<sup>784</sup> Por ejemplo, el Tribunal de Cuentas español calcula que el rescate de la banca costó de 60.718 millones de euros, pero en ese mismo lapso de tiempo no se tomaron medidas para proteger a las personas pensionistas que perdieron sus ahorros y por ende su sustento, ni para aquellos adultos mayores que no cuentan con medios de subsistencia, esto sin contar con las medidas regresivas que se plantean a futuro desde instituciones como el Banco de España, que propone un “gran pacto sobre pensiones” que básicamente implica reducir las pensiones del sistema público y subir los impuestos, so pretexto de la sostenibilidad. Ver respectivamente

<http://www.elmundo.es/economia/2017/01/10/5874cecae5fdeaa9708b4573.html>

<https://www.cuartopoder.es/espana/2017/02/24/marchas-de-la-dignidad-si-hay-dinero-para-rescatar-a-la-banca-tambien-hay-para-las-pensiones/>

<http://www.lavanguardia.com/economia/20170606/423230748867/banco-espana-subir-impuestos-bajar-pensiones.html>

<sup>785</sup> Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 47

<sup>786</sup> Gerardo PISARELLO, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Op. Cit., p. 72 y 73.

## 2) Dificultades de competencia – técnica y legitimidad política

Esta serie de dificultades se relaciona con el poder judicial, empezando por su estructura, que resulta inadecuada para la exigibilidad judicial de algunas facetas de los derechos sociales, su posición para exigir el cumplimiento de obligaciones de disponer de fondos a los poderes políticos, la imposibilidad de realizar planificaciones de política pública (sin entrometerse en la función ejecutiva), el alcance general de medidas que debería tener una decisión de un caso individual o cuando menos de colectivos restringidos de personas, y por último, los problemas en la formación curricular de abogados y jueces.

Esta serie de dificultades suele ser presentada desde posturas hostiles a los derechos sociales como derechos fundamentales, en las que se reduce la dificultad de las lagunas jurídicas a una total indeterminabilidad de su contenido, y en las que se sostiene que la intervención jurisdiccional en la protección de derechos sociales equivale a una injerencia antidemocrática y usurpadora de funciones de los otros poderes públicos.

Indica Nicolás Espejo que usualmente se relaciona la justiciabilidad de los derechos sociales con modelos particularmente intensos o fuertes de adjudicación de tales derechos, y no se tiene presente que pueden existir al menos tres posibles respuestas de los jueces en este tipo de casos:

“1) la mera declaración judicial de la violación de un derecho social; 2) sentencias declarativas que le soliciten al Estado la adopción de medidas: a) sin especificar cómo y sin fijar un plazo determinado; b) sin especificar cómo, pero obligando a actuar dentro de un plazo determinado; 3) la declaración de la violación de un derecho social, identificando las medidas específicas que deben ser adoptadas y en qué plazo.”<sup>787</sup>

Lo anterior entonces puede traducirse en tres versiones de lo que sería la justiciabilidad de los derechos sociales<sup>788</sup>:

- 1) A las cortes les está permitido interpretar extensivamente los derechos.
- 2) Las cortes solo pueden proteger el contenido esencial o el contenido mínimo de un derecho social.

---

<sup>787</sup> Nicolás ESPEJO YAKSIC, “Derechos sociales, republicanism y Estado de Derecho: un modelo de justiciabilidad”, Op. Cit., p. 162. El autor presenta estas opciones basándose en las indicaciones de Cecile Fabre.

<sup>788</sup> Íd., p., 162

3) Las cortes pueden conocer la violación de un derecho social, pero deben limitarse a declararla y diferir el asunto al conocimiento del órgano político, para que este adopte las medidas respectivas.

Concluye Nicolás Espejo<sup>789</sup> que el asunto tiene en últimas que ver con el gusto o disgusto que se tenga hacia cierto tipo de ejercicio del poder jurisdiccional, pues él encuentra que la posible causa de desacuerdo sobre la justiciabilidad de los derechos sociales sea análoga al desacuerdo sobre la revisión judicial de todos los derechos constitucionales. En este caso, las razones para negar la justiciabilidad de los derechos ya no serán jurídicas ni técnicas, sino políticas o ideológicas (no filosóficas), o en otras palabras, se relacionan con “la legitimidad de la intervención de los jueces para defender la Constitución”<sup>790</sup>.

El modelo escogido dependerá de la dogmática jurídica, pues no es posible plantear en el plano teórico hasta qué punto un modelo de adjudicación más o menos intenso puede en verdad constituir una injerencia en la labor del Legislativo y del Ejecutivo, y como se verá adelante, no se trata de una respuesta que pueda darse en términos de todo o nada, pues por ejemplo, las cortes constitucionales de Suráfrica y Colombia han acudido a nuevas modalidades de juicios y fallos para atemperar la situación entre el total incumplimiento de derechos fundamentales y el ejercicio legítimo del Parlamento, pues la cuestión no se reduce únicamente a decir que los jueces y juezas suplantán al Legislativo y/o al Ejecutivo, sino que también les asiste una responsabilidad de protección de los derechos de las personas y en consecuencia de los textos constitucionales.

Precisamente este rol es descuidado en ocasiones por algunos jueces y juezas, pero esto en parte es achacable a la formación profesional recibida y las técnicas de selección utilizadas para el ingreso a la judicatura. Amaya Olivas Díaz<sup>791</sup> resalta su preocupación por el caso español, pero sus consideraciones bien se pueden generalizar, al menos al ámbito latinoamericano.

---

<sup>789</sup> Íd., p., 163

<sup>790</sup> Ibid. En páginas siguientes de su trabajo, el autor defiende una postura de *adjudicación débil* de los derechos sociales, por considerarla la más adecuada para la justiciabilidad de estos derechos, y en general de los derechos constitucionales, en contraposición a una *adjudicación fuerte*, que considera nociva al auto-gobierno; aunque él mismo reconoce la existencia de “contextos de bloqueo institucional o político que impiden la mínima realización de los derechos de gran parte de la población.” (Íd., p. 172)

<sup>791</sup> Amaya OLIVAS DÍAZ, “El papel de los jueces en la garantía de los derechos sociales”, en Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Op. Cit., p. 79 a 92. En el mismo sentido se expresa el propio Pisarello en dicha obra, p. 75.

Ella identifica como problemas graves que acusan al sistema jurídico español los siguientes: (1) la forma de acceso a la judicatura, pues el sistema de oposiciones de 4 años y sin ingresos para los aspirantes genera que la ocupación como juez y jueza se restrinja a una élite que puede asumir este costo; (2) el sagrado parámetro de la legalidad, pues se sigue asumiendo a los jueces y juezas como replicadores del *statu quo* o meras bocas mudas que pronuncian las palabras de la ley, al mejor estilo de Montesquieu, olvidando el papel que les corresponde en la protección de las personas más débiles y vulnerables; (3) la miseria de la ciencia del derecho, que se relaciona con el anterior punto, pero se refiere específicamente a la forma de preparación de los jueces y juezas, basada aún hoy en día en los esquemas iusprivatistas y el ejercicio acrítico de la profesión, inmersa en un esquema neoliberal, y en una judicatura kafkiana, en apariencia neutra, pero que se limita a perpetuar el esquema económico predominante sin reflexiones ulteriores.

Por esto, la autora propone tres soluciones: la formación en materia de derechos sociales, no solo en la etapa de oposición sino desde las escuelas de licenciatura o pregrado; asumir una visión crítica de la legislación material y por último, explorar la tutela judicial directa e indirecta de los derechos sociales. Como se observa, no se trata de un canon inamovible, sino de un camino por recorrer en la mejora constante del ejercicio de la profesión.

### *3) Dificultades de ejecución*

El último conjunto de obstáculos tiene que ver no ya con el ejercicio jurisdiccional, sino con la forma de hacer cumplir los fallos. Las dificultades vienen dadas por aspectos como la dimensión prestacional de los fallos y sus eventuales consecuencias presupuestarias, la debilidad o falta total de medios compulsivos para la ejecución forzada de una sentencia que condene al Estado a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados, o bien para dictar la reglamentación omitida, el seguimiento a la ejecución de los fallos, la desigualdad que puede generar el éxito de algunas acciones individuales frente al mantenimiento de la situación de incumplimiento en el resto de los casos idénticos no planteados judicialmente.

Es cierto que la ejecución de los fallos dictados con ocasión de procesos sobre derechos sociales puede conllevar gastos con cargo al erario público, sin embargo, no se trata del único caso en que ello ocurre, pues todo fallo con relación a cualquier tipo de derechos: civiles, políticos, y patrimoniales, puede también implicar una carga económica al presupuesto, por lo que este argumento pierde peso.

Por otra parte, debe tenerse presente que *todos los derechos cuestan*, como se explicó en los primeros capítulos, por lo que de nuevo pierde peso el argumento de que unos derechos son insaciables mientras otros son gratuitos; además, al hablar de recursos debe entenderse que en esta categoría se encuentran además de los financieros, los humanos, los tecnológicos, los informativos, los naturales y de otra índole, propios y también de cooperación.<sup>792</sup>

Se debe entonces desmontar el mito de que satisfacer un derecho social genera un descalabro a las finanzas públicas<sup>793</sup> y es demasiado complejo como para ser realizable<sup>794</sup>, además, se requiere transparencia en las cifras, pues también se puede

---

<sup>792</sup> Nicolás ESPEJO YAKSIC, “Derechos sociales, republicanismo y Estado de Derecho: un modelo de justiciabilidad”, Op. Cit., p. 187.

Los recursos no deben entenderse exclusivamente en términos de dinero, de hecho, muchas veces el recurso humano y la creatividad son más importantes para la garantía de derechos, de manera anecdótica vale la pena mencionar un caso de mi conocimiento: para atender a un grupo de adolescentes de nacionalidad china que habían sido víctimas de tráfico de migrantes en una ciudad periférica de Colombia, se requería hablar con ellos y ellas, sin embargo, nadie hablaba su idioma nativo, las autoridades de policía se encontraban impotentes, y no existía una persona de la lista de traductores oficiales del Ministerio de Relaciones Exteriores que residiera cerca al lugar. Una colega, muy creativa por cierto, decidió visitar restaurantes chinos de la ciudad y convenció a la propietaria de uno de ellos de hacer las veces de intérprete y mediadora cultural, esta solución no representó ningún costo económico y se pudo realizar la atención inicial requerida.

<sup>793</sup> Ver por ejemplo el Consenso de Copenhague III, que en 2012 lanzó una iniciativa para determinar “Cuánto costaría salvar el mundo” y que como conclusión aproximó la cifra en 75.000 millones de dólares en ayuda al desarrollo a gastar en el lapso de cuatro años. Una cifra que no tiene comparación con el gasto militar de los países de la Unasur de 126.110 millones de dólares entre 2006 y 2010. Teniendo presente que el primero de los gastos contemplaría una mejora sustancial en la alimentación de 100 millones de niños quienes empezarían sus vidas sin retrasos de crecimiento por causa de la mala nutrición, y que en el mediano plazo significarían mejoras significativas en su rendimiento académico, para en el largo plazo resultar en adultos más productivos, con mayores y mejores ingresos y menor número de hijos. Fuentes: Diario El Tiempo (Colombia), “¿Cuánto cuesta salvar el mundo?” nota del 10 de junio de 2012 en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11919810> y Diario El Nuevo Siglo (Colombia), “Colombia, segundo en gasto militar en la región”, nota del 11 de mayo de 2012 en <http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/5-2012-colombia-segundo-en-gasto-militar-en-la-region>

<sup>794</sup> Gerardo PISARELLO, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Op. Cit., p. 63. El autor presenta el ejemplo del caso Minister of Health v Treatment Action Campaign (TAC) 5 SA 721 (CC) de 2002, de la corte constitucional sudafricana, que se puede resumir en la falta de prestación del medicamento Nevirapine para prevenir el VIH de madres a hijos, con la excusa de que el suministro del medicamento y la prestación de servicios conexos suponían un alto costo. La corte constitucional desmintió tal situación, entre otras razones, porque el medicamento había sido regalado al gobierno sudafricano por la compañía farmacéutica fabricante, por el lapso de 5 años. Este mismo ejemplo

desmontar la creencia de que los costos hacen imposible una prestación, por lo cual, es saludable el debate y cuestionamiento de la actuación de los poderes públicos, a través, por ejemplo, de la indagación de cifras alternativas a las oficiales.<sup>795</sup>

Sobre este último aspecto conviene recordar que una de las formas indirectas de proteger derechos sociales está íntimamente ligada con la información pública, y la calidad de la misma, por eso conviene tanto solicitar que el gobierno la genere, como contrastar su transparencia con la de los informes alternativos o informes sombra, realizados por reputadas Organizaciones No Gubernamentales o asociaciones de las mismas, que permiten indagar sobre la situación real y el posible desvío de recursos públicos.

En ese caso, se debe evaluar hasta qué punto la excusa de no justiciabilidad más bien responde a la incomodidad que genera el control, pues la colaboración armónica de los poderes públicos no debe entenderse como *alcahuetería*, o condescendencia.<sup>796</sup> La justiciabilidad implica procesos de cambio estructural, tanto en la situación de las personas como en la forma de funcionamiento de los organismos públicos, siendo ésta quizás la causa de la resistencia a la intervención judicial en la protección de derechos sociales, de acuerdo con Pisarello:

“Tomadas en serio, estas obligaciones entrañarían modificaciones relevantes en las actuales formas de producir y distribuir los recursos existentes. Fundamentalmente, porque supondrían un control constante del poder público (y de ciertos agentes privados) con el objeto de asegurar, como estipula el PIDESC, que dentro del máximo de recursos financieros, humanos, estructurales y tecnológicos a su alcance, realicen los máximos esfuerzos para satisfacer los derechos en juego, de acuerdo a criterios de prioridad. Es decir, incidiendo en las actuaciones y omisiones que de manera más grave menoscaban el disfrute de los derechos y otorgando primacía a los casos más urgentes y a las personas o grupos en mayor situación de vulnerabilidad.”<sup>797</sup>

No se debe perder de vista entonces que aunque no se quiera, la exigibilidad judicial de los derechos sociales va a generar en mayor o menor medida dichos cambios,

---

es presentado por Nicolás ESPEJO, en “Derechos sociales, republicanism y Estado de Derecho: un modelo de justiciabilidad”, Op. Cit., p. 177 a 179.

<sup>795</sup> Gerardo PISARELLO, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Op. Cit., p. 63. El autor presenta otro ejemplo al respecto, esta vez el de *Eldrige v British Columbia* (Attorney General), 3 S.C.R. 624, de 1997, referido a la imposibilidad de proveer intérpretes en los hospitales a las personas sordas por su alto costo, cuando en realidad al indagar el tribunal encontró que el costo no representaba el 0.00025% del presupuesto en materia sanitaria.

<sup>796</sup> En el mismo sentido Gerardo PISARELLO, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Op. Cit., p. 67.

<sup>797</sup> *Id.*, p. 73 y 74.



la cuestión está en saber distinguir qué actuaciones son admisibles y cuáles son en verdad usurpaciones de funciones.

En el mismo sentido Amaya Olivas Díaz advierte que si bien los jueces no están instituidos para crear políticas sociales, si lo están para (1) recordar a los poderes públicos sus obligaciones; (2) ser interlocutores entre las personas y los otros poderes públicos, pues los jueces y juezas pueden identificar con mayor facilidad las necesidades concretas de la población que acude al juzgado; y, (3) proteger los derechos de las personas, con los recursos públicos disponibles.<sup>798</sup>

### 3.2.3 Exigibilidad semi-jurisdiccional y cuasi-contenciosa

Hasta aquí se ha visto el panorama de las garantías en el ámbito jurisdiccional, pero hace falta abordar la exigibilidad en una faceta poco desarrollada, la semi-jurisdiccional, para ello se propone tomar como punto de partida la tipología de garantías de Gerardo Pisarello presentada páginas atrás.

Teniendo en cuenta que las *garantías secundarias* entran en funcionamiento en caso de ausencia o de insuficiencia de las garantías primarias, y que ambas son a la vez garantías institucionales, la consecuencia es que no están limitadas al ámbito jurisdiccional, sino que también pueden ser políticas, semi-políticas y semi-jurisdiccionales. Sobre las dos primeras se hablará más adelante.

Para desentrañar el sentido de este tipo de garantías, vale la pena empezar por recordar el concepto dado por Gerardo Pisarello: “las *garantías semi-jurisdiccionales*, [son aquellas] encomendadas a órganos que actúan como si fueran tribunales, que pueden, en ocasiones, recibir denuncias o tramitar recursos, pero no poseen facultades de sanción jurídica en sentido estricto.”<sup>799</sup>

Como se puede observar, el autor no indica en su enunciación ningún ejemplo de instituciones que reúnan las calidades indicadas, por lo tanto, una primera respuesta implicaría acudir a la dogmática propia de cada Estado para determinar cuáles serían los órganos responsables de este tipo de garantías secundarias.

---

<sup>798</sup> Amaya OLIVAS DÍAZ, “El papel de los jueces en la garantía de los derechos sociales”, Op. Cit., p. 91.

<sup>799</sup> Gerardo PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Op. cit., p. 113.



En segundo lugar, si se tiene presente que el autor desarrolla su obra con el contexto español en mente, es importante revisar que dentro de las garantías semi-políticas ubica a las Defensorías del Pueblo, por lo que estos organismos quedan fuera de la categoría pese a que dentro de sus funciones se encuentre, por regla general, la defensoría pública en procesos jurisdiccionales. Es entonces más relevante para el autor la función de mediación que ejercen estas entidades ante la administración pública (poder ejecutivo) en el caso de posibles violaciones de derechos.

Una última consideración que debe tenerse presente es la relativa a que las entidades encargadas pueden *recibir denuncias o tramitar recursos*, pero sin tener facultades de sanción jurídica, en este sentido, se excluyen también las administraciones públicas, pues al hacer parte del poder ejecutivo estarían en la categoría de garantías políticas.

¿Qué otras entidades cumplen entonces con estos caracteres? Se dejó indicado atrás que existe la posibilidad de que entidades no jurisdiccionales puedan resolver conflictos entre particulares, y entre estos y el Estado, por ende, dentro de las garantías semi-jurisdiccionales se debe incluir a los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Se pueden mencionar dentro de estos a la conciliación, el arbitraje,<sup>800</sup> la mediación, la amigable composición, entre otros tantos que están regulados en las diversas normativas nacionales.

Para el contexto colombiano es particularmente relevante este tipo de mecanismos, más si se tiene en cuenta que su agotamiento es un requisito de procedibilidad de los procesos judiciales en materias como familia, civil, mercantil, contencioso-administrativo, etc.<sup>801</sup> Pero además, debe tenerse en cuenta que para que los procedimientos de conciliación sean exitosos, los conciliadores deben emplear las normas de derechos fundamentales que sean aplicables, esto por ejemplo si se tiene en

---

<sup>800</sup> Teniendo en cuenta que el Art. 116 de la Constitución colombiana de manera expresa indica que los particulares que actúen como conciliadores o árbitros están investidos transitoriamente de la función de administrar justicia. A efectos de tener mayor claridad conceptual no se los ubica en las garantías jurisdiccionales debido a que son administrados precisamente por particulares y los efectos de las actas de conciliación, de los laudos arbitrales, de los acuerdos de amigable composición, etc. solo tendrán efectos *inter partes*, a diferencia de los de las sentencias judiciales que dependiendo de las condiciones pueden ser además *erga omnes e inter pares*.

<sup>801</sup> De acuerdo con la Ley 640 de 2001, la Ley 1437 de 2011 y la Ley 1564 de 2012, entre otras pertinentes. En materia laboral no es requisito de procedibilidad, de acuerdo con la Sentencia C-893 de 2001 de la Corte Constitucional, que declaró inexecutable el artículo 39 de la Ley 640 de 2001; aunque ello no impide que las partes puedan acudir a este procedimiento y resultaría, de ser bien administrado, una garantía secundaria eficaz en la protección de derechos sociales, piénsese por ejemplo en que el acuerdo conciliatorio culmine con la restitución al puesto de trabajo.

cuenta que los particulares pueden prestar servicios públicos.

Por otra parte, si se revisa la categoría *garantías semi-jurisdiccionales* a la luz de las *escalas*, es decir, si se trata del orden supraestatal o del estatal surge una respuesta adicional. Al observar el funcionamiento de entidades como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa o el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, cobra sentido la categoría expuesta por Pisarello, pues se trata de entidades que tienen una naturaleza híbrida, ya que pueden conocer de algunos casos de violaciones de derechos fundamentales, pero a la vez realizan control político sobre el cumplimiento de derechos a los Estados miembros de sus respectivos acuerdos internacionales constitutivos y de funcionamiento.

Sobre este tipo de garantía se hablará más adelante en detalle pero por lo pronto es pertinente dejar sentado que se trata también de una garantía de tipo cuasi-contencioso. En tal sentido se expresa Carlos Villán cuando explica que los mecanismos cuasi contenciosos buscan reparar violaciones de derechos:

“Los mecanismos cuasicontenciosos se ponen en funcionamiento cuando se produce una violación determinada de algún derecho consagrado en las convenciones que establecen estos mecanismos. Aquí no se trata, como ocurriría parcialmente con el sistema de informes periódicos (...) de prevenir la ocurrencia de nuevas violaciones, sino de intentar conseguir algún tipo de condena y reparación ante la violación concreta que se ha producido.

Estamos, pues, ante mecanismos de control *ex post facto* a los que se puede recurrir, bajo ciertas condiciones que veremos, ante la existencia de una sola y simple violación. En este sentido, son subsidiarios de los procedimientos judiciales nacionales propios de un país democrático... para su utilización se requerirá el previo agotamiento, sin éxito, de los recursos judiciales internos del país en el que se haya producido la violación que se denuncia. (...)

Pero el dictamen del Comité [de Derechos Humanos de la ONU] no es una sentencia en sentido estricto, pues el Comité no es, obviamente, un tribunal. A pesar de ello, el dictamen del Comité guarda la apariencia formal de una sentencia y el procedimiento que se sigue ante el mismo es contradictorio. Por esta razón calificamos estos mecanismos de «cuasicontenciosos».”<sup>802</sup>

Se tienen como notas identificadoras de las garantías semi-jurisdiccionales al procedimiento contradictorio y a la similitud de efectos a los de un fallo del dictamen de la entidad en casos individuales.

---

<sup>802</sup> Carlos VILLÁN DURÁN, *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2002, p. 437.

### 3.2.4 Exigibilidad política y semi-política

Se dijo que la exigibilidad de los derechos no se limita a la jurisdiccional, por ende existe otro espacio en el que las personas pueden ejercer esta facultad o poder, y este es el de la formación y ejecución de las leyes, por ende, la exigibilidad política se desarrolla en el ámbito de la participación política de los particulares y de sus relaciones con la administración.

De acuerdo con lo anterior, y lo dicho páginas atrás, se podrían identificar los siguientes mecanismos de exigibilidad política relacionados con garantías sociales: incidencia en políticas públicas y programas gubernamentales, cabildeo de iniciativas legislativas, informes alternativos, denuncia pública, demanda de aumento o reasignaciones presupuestales,<sup>803</sup> los mecanismos semidirectos de participación (iniciativa popular, referéndum, plebiscito), consultas previas (en especial para pueblos indígenas), audiencias públicas previas a la toma de decisiones políticas, el derecho de acceso a la información pública y los presupuestos participativos<sup>804</sup>.

Vale la pena recordar que las garantías sociales, además del ejercicio de derechos civiles, políticos y de participación, involucran la puesta en funcionamiento de mecanismos de *autotutela*, que se relacionan más bien con actuaciones por vías de hecho. Courtis<sup>805</sup> las divide según estén vinculadas o no con la situación de trabajo. En el primer caso se encuentra el derecho de huelga, en el segundo están formas como los boicots de consumidores, tomas de espacios públicos, tomas de tierra, ocupación de viviendas vacías.

Este último conjunto de formas es especialmente importante para colectivos de personas que no cuentan con otra forma de hacerse escuchar en la arena política y como respuesta a graves situaciones de falta de acceso al bien objeto del derecho social<sup>806</sup>.

Es importante resaltar que estos mecanismos también tienen profundas connotaciones políticas, pues no solo son una protesta, una manifestación viva contra las vulneraciones de los derechos fundamentales de varios grupos de personas, sino que también expresan su descontento con cierta ideología preponderante en las esferas de poder, como se verá más adelante al hablar de algunos de los obstáculos que se deben

---

<sup>803</sup> Areli SANDOVAL, “Experiencias de exigibilidad...”, Op. Cit., p. 112.

<sup>804</sup> Christian COURTIS, “Los derechos sociales en perspectiva...”, Op. Cit., p. 197-198.

<sup>805</sup> Íd., p. 198.

<sup>806</sup> Ibíd.

tener presentes a la hora de buscar la exigibilidad política de los derechos sociales.

En ese orden de ideas, resulta útil mencionar como ejemplo de experiencias de autotutela las *empresas recuperadas* de varios países latinoamericanos, en especial de Argentina con ocasión de la gravísima crisis económica de 2001, mediante la cual las personas despedidas de varias empresas y fábricas que se declararon en quiebra, decidieron organizarse y ocupar los inmuebles para hacerlos productivos de nuevo, autogestionando de esta forma su derecho al trabajo.<sup>807</sup>

Por otra parte, se encuentra la experiencia de varias comunidades indígenas en la ciudad de Quito, que a partir de la solidaridad de sus migrantes urbanos consolidaron la comunidad “Runa Kawsay” (originalmente conocida como la comunidad Gulalag-Quillopungo por el origen geográfico de las personas). La experiencia se puede resumir en la autoorganización de la vivienda, gracias al apoyo inicial de una comunidad religiosa que les dio en comodato una casa por 10 años, y que les permitió generar ahorros colectivos para la compra de un terreno y la construcción de viviendas por grupos familiares.<sup>808</sup>

Como se puede ver en este par de ejemplos, las garantías sociales de autotutela constituyen en sí mismas una declaración política, pues en el caso de las empresas recuperadas, varias de ellas se encuentran resistiendo las amenazas de desalojo, y en el segundo ejemplo, la autogestión les permitió a las personas indígenas resistir la discriminación y falta de oportunidades laborales y de acceso a servicios de cuidado en la ciudad.

---

<sup>807</sup> Se puede ampliar la información sobre las cientos de empresas recuperadas y la plataforma social y política constituida a su alrededor en la página web <http://www.recuperadasdoc.com.ar/#>

<sup>808</sup> Las fuentes consultadas no son muy claras sobre el orden del proceso histórico de su constitución pero en general coinciden en que el proceso de migración urbano empezó a inicios de los años 90 y que en el año 2000 tuvieron el apoyo de la Fundación Mariana de Jesús. Esta institución compró una casa de una manzana completa y celebró un comodato por 10 años con las familias de la comunidad Gulalag-Quillopungo. En este espacio se organizaron, con base en los valores comunitarios indígenas, para fines de vivienda y cuidado doméstico, y con el paso del tiempo incluyeron actividades productivas, educativas y de solución de conflictos. Para ampliar la información ver: (1) Eduardo KINGMAN, comp. *San Roque: indígenas urbanos, seguridad y patrimonio*, FLACSO (Sede Ecuador) / HEIFER, Quito, 2012. (2) María Augusta ESPÍN, “La presencia indígena en la ciudad: la construcción del indígena urbano en el barrio de San Roque”, Tesis de maestría, FLACSO (Sede Ecuador), Quito, 2009. (3) Pascual Ramiro YÉPEZ MOROCHO, “Historia de la comunidad “runa kawsay”: un pueblo indígena urbano en quito”, Tesis de maestría, FLACSO (Sede Ecuador), Quito, 2012. (4) Jos DEMON, “Una comunidad de migrantes indígenas en la ciudad de Quito: características sociales y laborales”, en Jaime ERAZO ESPINOSA, coord., *Políticas de empleo y vivienda en Sudamérica*, FLACSO (Sede Ecuador) / CLACSO / Instituto de la Ciudad, Quito, 2012.

Se puede además observar con mayor claridad cómo los Estados pueden cumplir con los derechos sociales desde las obligaciones de respeto, en específico, desde la abstención. Este tema será abordado con más detalle adelante, pero sea dicho desde ya, que en ambos casos se observa que la solidaridad bien entendida no opera solo como valor fundante de estos derechos, sino como combustible del motor político (si se prefiere la analogía).

Por otra parte, y recordando lo dicho atrás, se encuentran los mecanismos de exigibilidad política que se pueden identificar básicamente por su relación con las garantías políticas. Dentro de estas se encuentran entonces las garantías constitucionales de tipo procedimental: rigidez constitucional, división de poderes y reserva de ley, y las garantías constitucionales de tipo sustancial: contenido constitucional de los derechos, estipulación de instancias específicas de control, indicación de las obligaciones y deberes que vinculan a los poderes públicos.

Además, se encuentran las medidas de control ordinarias (preguntas, interpelaciones, comisiones de investigación, otras medidas de presión) y extraordinarias (mociones de censura, juicios políticos.), junto a las que están las de tipo legal: formales (reserva de ley) y materiales (respeto al contenido mínimo o esencial de los derechos, no regresividad arbitraria, deber de progresividad, prohibición de discriminación).

Como se puede observar, todas las garantías son comunes a los poderes legislativo y ejecutivo, pero la diferencia radica en el momento en que son aplicables, pues para el primero lo serán en el momento de discusión, formación y expedición de las leyes, mientras para el segundo en el de reglamentación y ejecución de las leyes creadas por el órgano parlamentario.

Estas labores diferenciadas permiten, cuando menos a efectos de clasificación, distinguir dentro del poder ejecutivo las funciones de tipo político de las de administración; piénsese por ejemplo en las funciones de un/a ministro de educación y en las de un funcionario de dicho ministerio. La relación que existe entonces entre una persona particular y el/la ministro/a, será diferente a la que se daría con el funcionario.

En razón de esto se establecen una serie de procedimientos diferentes para que las personas se relacionen con la administración y presenten las reclamaciones que consideren pertinentes para solicitar el cumplimiento de sus derechos, incluyendo los sociales. Gracias a esta diferencia de grado es que se pueden separar las garantías políticas de las semi-políticas, haciendo énfasis entonces en que dentro de esta categoría

se encontrarían no solo las defensorías del pueblo, como indica Pisarello, sino también la administración pública a todos los niveles territoriales. En ese orden de ideas se pueden enunciar las siguientes formas de exigibilidad semi-política:

- Acciones en vía gubernativa.
- Ejercicio del derecho de petición para solicitar cumplimiento de un derecho social.
- En combinación con garantías sociales – por ejemplo, presupuestos participativos.

A su vez se encuentran los procedimientos administrativos ante órganos fiscalizadores del Estado como las superintendencias, entre otros organismos que no hacen parte de la administración (aunque algunos estén adscritos a ella) y que tampoco son tribunales de justicia; piénsese por ejemplo en la relación entre los derechos de los consumidores y los derechos a la salud y a una alimentación adecuada, que darían lugar a un procedimiento para solicitar el retiro del mercado de alimentos o medicamentos nocivos para la salud<sup>809</sup>.

Lo anterior parecen confirmarlo las palabras de Nicolás Espejo, al indicar que el Comité Desc de la ONU ha sostenido que el derecho a un recurso efectivo no debe interpretarse única o necesariamente referido a uno jurisdiccional, pues en muchos casos los recursos administrativos resultarían ser adecuados para resolver la vulneración de derechos, claro está, si son accesibles, no onerosos, rápidos, eficaces y susceptibles de revisión judicial<sup>810</sup>.

Más adelante se ahondará en la acción de cumplimiento, una de las acciones constitucionales<sup>811</sup> para la realización de derechos colectivos, y con un enorme potencial para la de los sociales que existe en la actualidad en el ordenamiento jurídico colombiano, por lo pronto, es importante indicar algunos de los obstáculos de tipo ideológico a los que se enfrenta la construcción de garantías políticas en la actualidad.

---

<sup>809</sup> En el caso de Colombia podría pensarse en una acción de este tipo ante entidades como la Superintendencia de Industria y Comercio, o el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – Invima.

<sup>810</sup> Nicolás ESPEJO YAKSIC, “Derechos sociales, republicanismo y Estado de Derecho: un modelo de justiciabilidad”, en Arcidiácono, Pilar; Espejo Yaksic, Nicolás; Rodríguez, César (eds.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Op. Cit., p. 157.

<sup>811</sup> Su origen es constitucional pero se tramita ante la jurisdicción contencioso administrativa.

### a) Obstáculos de las garantías políticas

Las garantías políticas como se ha visto son las principales herramientas para la realización de cualquier tipo de derechos fundamentales, sin embargo, sería ingenuo cerrar los ojos a la realidad y negar que las democracias están sufriendo serios ataques de parte de poderes fácticos, que ponen en riesgo todo el conjunto de garantías institucionales, empezando por la metagarantía más importante de todas, el Estado de Derecho.

María José Fariñas<sup>812</sup> explica que en la base de este ataque están las doctrinas neoliberales, cuyo grito de batalla es la *desregulación*. En sus palabras “La desregulación es la técnica jurídica más característica del proceso de la globalización, en base a la cual se han incorporado nuevos ajustes en el ámbito de la Constitución Material y, especialmente, en el constitucionalismo social. Pero no significa, como algunos creen, ausencia de normas jurídicas, ausencia de derecho, sino que significa un cambio en los objetos materiales y formales de regulación.”<sup>813</sup>

La autora identifica cuatro tipos de desregulación que ponen en peligro el constitucionalismo social: financiera, política, del trabajo y de las tierras. Con la primera se privilegia a los grandes grupos económicos por sobre el resto de la sociedad, bajo la excusa de que se debe respetar la libertad económica, cuando en verdad se están privatizando los bienes comunes y públicos; además, este fenómeno se presenta de la mano de la transformación del capitalismo industrial en el de la especulación (denominado por otros autores como capitalismo salvaje).

Uno de los síntomas más visibles es la cruzada de la austeridad, que disfrazada de buenas intenciones de disciplina fiscal lo que en el fondo ha logrado es que las grandes riquezas del mundo dejen de tributar para el mantenimiento de las expensas comunes y gocen de amplias exenciones. De la mano de esta desregulación aparecen entonces la política y la del trabajo, pues por una parte, luego de la austeridad vienen los famosos recortes, cuya cara más visible es la de derechos sociales, y por otra parte, vienen las reformas en el mundo del trabajo: externalización laboral, deslocalización, flexibilización, precarización.

---

<sup>812</sup> María José FARIÑAS, “Ajustes neoliberales al constitucionalismo social”, en Silvina Ribotta, Andrés Rossetti y Rafael de Asís, coords., *Los derechos sociales y su exigibilidad: libres de temor y miseria*, Dykinson / IDHBC, Madrid, 2015, p. 119-136.

<sup>813</sup> Íd., p. 123-124.



El trabajo deja de ser entonces el factor que permite la inserción de las personas en las sociedades, pues estas ya no pueden gozar de los derechos asociados a este<sup>814</sup>. Esto teniendo en cuenta además que los derechos sociales fueron contruidos desde el primer momento con un fallo estructural, pues se vincularon al empleo, lo que en las reconstrucciones de la segunda postguerra no supuso un problema, pues hubo un pacto implícito entre capitalismo y democracia, pero una vez entrados en los años 70 del siglo XX, el pacto se rompió.

Por último se encuentra la desregulación de tierras, de los bienes públicos y de los recursos naturales, que ahora constituyen fuentes de ingreso para los Estados —en especial los de los países en vías de desarrollo— que quieren *atraer inversión extranjera*, sin embargo, en el fondo lo que subyace son procesos de privatización, de “‘extranjerización’ de la tierra a favor de los capitales extranjeros, que las acaparan y mercantiliza, por ejemplo para los monocultivos, que destruyen las economías y agriculturas locales, generando grandes desplazamientos internos y externos de población.”<sup>815</sup>

Este círculo virtuoso para los negocios, pero vicioso para la sociedad y las personas del común, se cierra con una cereza en el pastel: el aumento de la presión tributaria a las rentas de trabajo. De esta forma, las personas pensionadas reciben cada vez menos prestaciones pero deben asumir más cargas en tributos indirectos como el IVA, los trabajadores reciben menores salarios, y en general, todos los miembros de la sociedad deben asumir la carga de millonarios rescates financieros,<sup>816</sup> que prácticamente hipotecan la capacidad económica de futuras generaciones. Es así como los embates neoliberales han logrado su cometido:

---

<sup>814</sup> José Luis REY PÉREZ, “Una reflexión sobre las formas de garantizar los derechos sociales en el siglo XXI”, en Silvina Ribotta, Andrés Rossetti y Rafael de Asís, coords., *Los derechos sociales y su exigibilidad: libres de temor y miseria*, Op. cit., p. 251. El autor explica que esto se puede denominar el paso del *Welfare* al *Workfare*.

<sup>815</sup> María José FARÍÑAS, “Ajustes neoliberales...”, Op. cit., p. 127.

<sup>816</sup> Íd., p. 119. Por ejemplo, denuncia FARÍÑAS que los Estados de la Unión Europea, en especial los más pobres, viven bajo el yugo de la deuda del Banco Central Europeo: “El eje central [del proceso comunitario de la UE] fue la creación de un Banco Central Europeo, totalmente independiente, que nunca tuvo competencia para prestar dinero directamente a los Estados miembros, sin embargo sí la tenía para hacer préstamos a los bancos con un interés muy bajo. Estos, a su vez, prestaban el dinero a los Estados, pero con intereses mucho más elevados. De esta manera, el capital financiero de los oligopolios económicos se fue fortaleciendo, paralelamente a la creación de las instituciones europeas comunes hasta el momento actual en el que ejerce un poder casi total, con una política únicamente monetarista.”



“Tras cuarenta años de ajuste neoliberal, el resultado está siendo demoledor para las clases trabajadoras y populares, que ven como sus rentas laborales disminuyen, sus derechos se precarizan y las promesas de ascenso social se frustran tras la privatización de los servicios públicos y la regresión social. Esto, junto al rechazo evidente de la oligarquía a contribuir a las arcas públicas y a los gastos comunes, está convirtiendo la crisis económica en una crisis de derechos y, consecuentemente, en una amenaza para la dimensión emancipadora de la democracia.”<sup>817</sup>

Pero el panorama a nivel mundial no es más alentador, al respecto explica Naomi Klen<sup>818</sup> que el elemento clave de la cruzada corporativista fue la *colonización* neoliberal de las instituciones financieras de la Organización de las Naciones Unidas; si bien tanto el Fondo Monetario Internacional como el Banco Mundial adolecen de defectos fundacionales, pues las decisiones no se toman basándose en el principio *un país, un voto*, como en la Asamblea General, sino de acuerdo con el tamaño de la economía nacional<sup>819</sup>, el problema más serio es que estas instituciones fueron colonizadas por la Escuela de Chicago, con la consecuencia de que su funcionamiento es devastadoramente ideologizado.<sup>820</sup>

De esta forma, los programas del FMI y del Banco Mundial se basan en el “triunvirato neoliberal”: privatización, desregulación/libre comercio y recortes del gasto público.<sup>821</sup> En palabras de Klein: “La colonización del Banco Mundial y del FMI a cargo de la Escuela de Chicago fue un proceso eminentemente tácito hasta que, en 1989, John Williamson lo oficializó al revelar el que él mismo denominó «Consenso de Washington». Se trataba de una listado de políticas económicas que, según dijo, ambas instituciones consideraban en aquel momento el mínimo exigible para una buena salud económica”.<sup>822</sup>

Estos golpes bien asestados por el neoliberalismo han traído como consecuencia la pérdida de poder político y económico de los Estados, y más aún los de los países en vías de desarrollo, en contraste con la potencia económica y política que ahora ostentan

---

<sup>817</sup> Íd., p. 123.

<sup>818</sup> Naomi KLEIN, *La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre*, Paidós, Buenos Aires, 2008, p. 211-228.

<sup>819</sup> Íd., p. 221. Explica la autora que esto se traduce en que el sistema otorga a Estados Unidos poder de veto efectivo sobre todas las decisiones importantes y que Europa y Japón controlen el resto. Además, esto fue lo que permitió lo que en los años 80 del siglo XX Thatcher y Reagan, dos gobiernos profundamente ideologizados, pudieran aprovecharse del FMI y del Banco Mundial para sus propios fines y el avance de la cruzada corporativista.

<sup>820</sup> Íd., p. 221-222.

<sup>821</sup> Íd., p. 222.

<sup>822</sup> *Ibid.*

grandes corporaciones trasnacionales. De acuerdo con Vitali, Glattfelder y Battiston,<sup>823</sup> los gobiernos y las personas naturales son los que más abajo aparecen en los listados de quienes controlan el poder económico a nivel mundial, mientras que 147 corporaciones, principalmente bancos, constituyen una súper entidad que controla alrededor del 40% de la riqueza<sup>824</sup>.

Como se dijo anteriormente, esto representa un gran peligro para las metagarantías políticas por excelencia: el Estado de Derecho y la democracia. Se requiere entonces pensar tanto en formas de fortalecer de nuevo a los Estados, como en nuevas estrategias para involucrar a las grandes corporaciones y grupos económicos en el respeto y promoción de los derechos fundamentales.

### **b) El efecto *boomerang* y las garantías sociales y políticas**

A lo largo de este documento se ha visto que las garantías, al igual que los derechos, se encuentran interrelacionadas y dependen unas de otras, dicha situación es extensiva también a las diversas escalas de garantías, pues las acciones a nivel nacional encuentran eco muchas veces en la esfera internacional antes que a nivel doméstico.

Este fenómeno fue estudiado en 1998 por Margaret Keck y Kathryn Sikkink.<sup>825</sup> Las autoras lo denominaron el efecto boomerang o bumerán (*boomerang pattern*), usando una analogía con el arma de los indígenas australianos, para referirse a las acciones que regresan a su lugar de origen.

Las autoras revisaron cómo funcionaron las organizaciones sociales durante gran parte de la década de los años ochenta y noventa del siglo XX en Latinoamérica para lograr que sus pedidos fueran escuchados por los gobiernos. Cabe recordar que durante esta época se vivió bajo dictaduras en la gran mayoría de países, en especial del cono sur, por lo que la reivindicación de causas como las ambientales o de derechos humanos suponían un riesgo muy alto para quienes las defendían.

---

<sup>823</sup> Stefania VITALI, James B. GLATTFELDER y Stefano BATTISTON, “Supporting Information: The Network of Global Corporate Control”, Op. cit., p. 17. La cita original es: “Finally, it should be noted that governments and natural persons are only featured further down in the list.”

<sup>824</sup> Daily mail “Does one ‘super-corporation’ run the global economy? Study claims it could be terrifyingly unstable”, en <http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-2051008/Does-super-corporation-run-global-economy.html>

<sup>825</sup> Margaret E. KECK y Kathryn SIKKINK, *Activists beyond Borders. Advocacy Networks in International Politics*. Ithaca, Cornell University Press, 1998.

De esta forma, explican, se conformaban redes de defensa transnacional, caracterizadas por estar conformadas por grupos de personas que comparten valores y principios, con independencia del lugar donde se encuentran ubicados, y por emplear sofisticadas estrategias políticas para sus campañas. Indican las autoras:

“Con independencia de la temática (derechos humanos, derechos de las mujeres, medio ambiente, etc.) las redes comparten las siguientes características: la centralidad de valores o principios en sus ideas, la creencia de que los individuos pueden hacer una diferencia, el uso creativo de la información, y el empleo de los actores no gubernamentales de sofisticadas estrategias políticas para focalizar sus campañas. ...

Están unidas por valores compartidos, un discurso común y un denso intercambio de información y servicios.”<sup>826</sup>

Pero ¿quiénes conforman las redes de defensa transnacional? Sikkink y Keck explican que estas están conformadas por 1) organizaciones no gubernamentales de investigación y defensa, bien sean nacionales o internacionales, 2) movimientos sociales locales, 3) fundaciones, 4) medios de comunicación, 5) iglesias, sindicatos, organizaciones de consumidores, e intelectuales, 6) partes de organizaciones intergubernamentales, regionales e internacionales, y 7) partes de las ramas ejecutiva y/o parlamentaria de gobiernos. Aunque no todas deben estar presentes en cada red de defensa, se destacan las ONG que desempeñan un rol central en todas ellas, pues son quienes usualmente inician acciones y presionan a los actores más poderosos a tomar posturas.<sup>827</sup>

En criterio de las autoras citadas, las redes de defensa transnacional surgen de 3 espacios y situaciones específicos: en primer lugar, cuando los canales de comunicación entre grupos nacionales y sus gobiernos están bloqueados, o estos canales son ineficaces para solucionar un conflicto; segundo, cuando algunos de estos grupos consideran que sus misiones y campañas tendrán un mayor impacto si se trabaja en red; y tercero, de conferencias y otras formas de contacto internacional que le permiten a los grupos conocerse y estrechar lazos.<sup>828</sup> En el primer caso es en donde se presenta típicamente el efecto bumerán:

---

<sup>826</sup> *Íd.*, p. 2.

<sup>827</sup> *Íd.*, p. 9.

<sup>828</sup> *Íd.*, p. 12.

“No es accidente que tantas redes de defensa dirijan pedidos sobre sus derechos en sus campañas. Los gobiernos son los principales “garantes” de derechos, pero también son sus principales violadores. Cuando un gobierno viola o se rehúsa a reconocer derechos, los individuos y grupos nacionales a menudo no cuentan con recursos dentro de los escenarios políticos o judiciales nacionales. Por eso finalmente buscan conexiones internacionales para expresar sus preocupaciones e incluso proteger sus vidas.

Cuando los canales entre el estado y los actores nacionales están bloqueados, el efecto boomerang (característico de las redes transnacionales) puede ocurrir: ONG nacionales omiten a sus estados y directamente buscan aliados internacionales para intentar presionar a sus estados desde afuera. El caso más habitual es el de campañas de derechos humanos. ... Los vínculos son importantes para ambas partes: para los actores menos poderosos del tercer mundo (sic), las redes les proveen acceso, influencia e información (y a menudo dinero) que ellos no tendrían por sí mismos; para los grupos del norte, ellos hacen creíble la reivindicación por la que pelean, y no solo por, sus contrapartes del sur. No sorprende que tal relación pueda producir considerables tensiones.

En otros asuntos en los que los gobiernos son inaccesibles o sordos a los grupos cuyos reclamos pueden sin embargo resonar en otra parte, los contactos internacionales pueden amplificar las demandas de grupos nacionales, abrir espacios para nuevos temas, y entonces hacer resonar de vuelta estas demandas en los escenarios nacionales.”<sup>829</sup>

Como se observa, cuando las garantías sociales a nivel nacional no son eficaces o resultan deficientes, bien sea por falta de voluntad política o porque los canales de comunicación están bloqueados, los grupos nacionales buscan a sus contrapartes internacionales para que estas ejerzan presión sobre sus propios gobiernos u organismos internacionales, y estos a la vez presionen a los gobiernos que se niegan a cumplir ciertos derechos o demandas sociales.

El efecto boomerang o bumerán se da entonces en 3 etapas: (i) el contacto de redes de defensa; (ii) la presión de parte de la red de defensa internacional a su gobierno o a un organismo internacional; y (iii) la presión del gobierno internacional, a través de canales interestatales, o del organismo internacional al gobierno nacional.<sup>830</sup> Tenemos entonces que: “El boomerang es una analogía útil, ya que la reivindicación que salió desde la sociedad civil vuelve al país de origen por otra vía, interestatal, que se presume no estar bloqueada.”<sup>831</sup>

De esta manera, se genera un espacio político adicional para que las garantías sociales puedan funcionar y se pueda dar curso a demandas sociales a las que los

---

<sup>829</sup> *Íd.*, p. 12 y 13. Traducción libre.

<sup>830</sup> Wiki OEI Nebrija, “Efecto boomerang”, en <https://sites.google.com/site/wikioeinebrija/efecto-boomerang>

<sup>831</sup> *Ibid.*

gobiernos eran sordos. Sostienen las autoras:

“Donde los poderosos imponen olvido, las redes pueden proveer canales alternativos de comunicación. Las voces suprimidas en sus propias sociedades pueden encontrar que las redes pueden proyectar y amplificar sus preocupaciones en el escenario internacional, que a la vez puede resonar de vuelta en sus propios países. Las redes transnacionales multiplican las voces que son escuchadas en políticas internacionales y nacionales. Estas voces argumentan, persuaden, formulan estrategias, documentan, hacen lobby, presionan y se quejan. La multiplicación de voces es imperfecta y selectiva –por cada voz amplificada, muchas otras son ignoradas– pero en un mundo donde las voces de los estados han predominado, las redes abren canales para traer visiones e información alternativas al debate internacional.”<sup>832</sup>

El efecto bumerán ha demostrado ser muy útil para la realización de derechos humanos, en especial en países en vías de desarrollo, sin embargo, se le deben hacer dos críticas pues por una parte hechos recientes han puesto de manifiesto que se trata de un mecanismo de funcionamiento de las garantías sociales y políticas muy débil, pues la presión externa estará sujeta a las políticas del gobierno de turno. Esto es especialmente visible con la presidencia de Donald Trump, quien ha demostrado poca sensibilidad con el tema de derechos y con las minorías, pero también es preocupante el reciente auge de los partidos de extrema derecha en varios países de Europa.

Por otra parte, el efecto bumerán funciona en algunos casos bajo una lógica colonialista, contraria en el fondo al espíritu y enfoque de derechos humanos. En este sentido explica Daniel Bonilla<sup>833</sup>, al referirse a la cooperación entre consultorios jurídicos del Norte y del Sur global, que si bien se trata de una colaboración completamente deseable y que se debe promover, y que conlleva muchas ventajas como que los consultorios consigan sus objetivos de contribuir a construir sociedades más justas, y que los estudiantes consigan desarrollar y consolidar destrezas profesionales (por ejemplo a partir de la redacción de documentos jurídicos, la entrevista de testigos y la búsqueda, el análisis y el procesamiento de pruebas), muchos de los intercambios entre consultorios no promueven relaciones igualitarias. Esto porque, en su criterio, están basados en los siguientes presupuestos<sup>834</sup>:

---

<sup>832</sup> Margaret E. KECK y Kathryn SIKKINK, *Activists beyond Borders*, Op. cit., p x. Traducción libre.

<sup>833</sup> Daniel BONILLA, “Consultorios jurídicos universitarios en el Norte y Sur Globales: entre la igualdad y la subordinación”, en Daniel Bonilla Maldonado, (comp.), *Geopolítica del conocimiento jurídico*, Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes, Bogotá, 2015, p. 45 y 46.

<sup>834</sup> *Íd.*, p. 46-48.

- La reproducción en muchos casos de las relaciones no igualitarias, típicas que se dan entre el centro y la periferia del mundo académico del derecho. Estas relaciones se evidencian con especial fuerza en 3 ejes teóricos y prácticos según explica Bonilla: “quién tiene la capacidad de producir conocimiento jurídico, cómo se legitima el conocimiento producido y quién puede hacer uso efectivo de aquel.”<sup>835</sup> Y concluye Bonilla sosteniendo que en estas relaciones se privilegia a los consultorios del Norte Global.<sup>836</sup>
- La solución de las tensiones academia-justicia social mayormente a favor de la primera y de los consultorios del Norte Global. Esto porque priman los fines académicos: pedagógicos de los estudiantes, y/o de desarrollo profesional de los profesores, sobre la justicia social de las causas defendidas en los consultorios del Sur.<sup>837</sup>

En respuesta a estos problemas el autor propone eliminar los fundamentos implícitos de esas relaciones y cambiarlos por 3 principios diferentes: “mutuo reconocimiento de las partes involucradas en el proyecto; consenso para establecer, interpretar y aplicar las reglas de juego que lo gobiernan, y priorización del objetivo de justicia social que se persigue frente a los fines pedagógicos y de avance profesional que también hacen parte de los programas de cooperación que adelantan los consultorios jurídicos”<sup>838</sup>

Esto es perfectamente aplicable por extensión a las relaciones que se presenten entre cualquier grupo de los demás enunciados dentro de los que conforman las redes de defensa transnacional (ONG, sindicatos, etc.), pues supone reconocer que la idea de derechos humanos no se construye solo desde un paradigma único y de tipo occidental, sino que fomenta en verdad el diálogo entre culturas.

---

<sup>835</sup> *Íd.*, p. 47.

<sup>836</sup> En el mismo sentido Jeremy PERELMAN, “Activismo transnacional de derechos humanos, colaboraciones en consultorios jurídicos y economía política de la responsabilidad de los consultorios jurídicos ante la sociedad: la cartografía del espacio intermedio”, en Daniel Bonilla Maldonado (comp.), *Geopolítica del conocimiento jurídico*, Op. cit., p. 203. El autor especifica que las dinámicas de poder pueden darse por razones geográficas, económicas, raciales, institucionales y epistemológicas.

<sup>837</sup> Daniel BONILLA, “Consultorios jurídicos universitarios en el Norte y Sur Globales...”, Op. cit., p.47-48. Sobre este aspecto Bonilla da dos ejemplos: (i) la visita de los estudiantes a países en vías de desarrollo que los enriquece culturalmente pero solo tiene un beneficio mínimo en los derechos de la población local y, (ii) que el producto final de una cooperación resulta ser un artículo de un profesor del consultorio jurídico del Norte, con casi ninguna implicación o beneficio para la población vulnerable que era el centro del proyecto.

<sup>838</sup> *Íd.*, p. 49.

### 3.3 OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS COMO PRECONDICIÓN PARA LA EXIGIBILIDAD

Un tema vital para poder dimensionar con mayor claridad la exigibilidad, política y jurisdiccional, es el de las obligaciones que le corresponden a los Estados a la luz de los compromisos adquiridos mediante la suscripción de instrumentos de derechos humanos. El análisis de este aspecto permitirá además evidenciar cómo las garantías primarias y secundarias se encuentran vinculadas en todas las obligaciones internacionales de los Estados, y a la vez, cómo podrían las personas hacer uso de las garantías sociales relacionadas con el ejercicio de otros derechos como los civiles y políticos.

Para iniciar este aparte conviene recordar la sutil diferencia entre derechos sociales y derechos económicos sociales y culturales (Desc)<sup>839</sup>. Explican Víctor Abramovich y Christian Courtis<sup>840</sup>, que el primer término es el utilizado en el derecho interno, mientras el segundo corresponde al léxico del derecho internacional, y aunque en lo sustantivo no difieren de manera significativa, se puede encontrar una diferencia en cuanto al sujeto obligado a su satisfacción, pues los derechos económicos sociales y culturales (Desc) son oponibles a los Estados, mientras los derechos sociales lo son al Estado pero también a los particulares, pues son normas vinculantes en el territorio nacional; y agregan los autores, que por ello “las obligaciones que los derechos sociales imponen a particulares en el plano nacional se traducen, en el plano internacional, en obligaciones estatales de *protección*.”<sup>841</sup>

Esto es relevante porque, como indican Courtis y Abramovich, las excusas y obstáculos para postergar la realización de ambos tipos de derechos son comunes, y por ende, las soluciones también lo serán.<sup>842</sup> En todo caso, la diferencia sirve para identificar responsables del (in)cumplimiento pero no afecta el núcleo común de contenido que

---

<sup>839</sup> Aunque recientemente en algunas esferas se viene promoviendo hablar de DESCAs - derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, atendiendo a la integralidad de los derechos por su indivisibilidad, interdependencia, e interrelación. Ver por ejemplo el Observatorio de Política Social y Derechos Humanos (México) “¿Qué son los DESCAs” en <http://observatoriopoliticasocial.org/que-son-los-descas/> y la recién creada Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) -a cargo de la relatora Soledad García Muñoz- de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y que reemplazará a la Unidad sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ver nota en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/090.asp>

<sup>840</sup> Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 120 y 121.

<sup>841</sup> *Id.*, p. 121

<sup>842</sup> *Ibid.*

comparten las categorías de derechos.

Ahora bien, ¿cuáles son esas obligaciones que le asisten al Estado? Se presentan a continuación algunos esquemas teóricos de diferentes autoras y autores en aras de solucionar este interrogante.

### 3.3.1 Esquemas de Asbjorn Eide – 1983, 1987 y 2001

En 1983 Asbjorn Eide, Relator Especial de la extinta Sub-Comisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección a las Minorías, de las Naciones Unidas, presentó el informe provisional “The Right to Adequate Food as a Human Right, E/CN.4/Sub.2/1983/25”, en donde planteaba, por primera vez de manera oficial, un esquema de tres “niveles” que suponen las obligaciones del Estado con relación a los derechos económicos, sociales y culturales<sup>843</sup>.

A su vez, explica Olivier de Schutter<sup>844</sup> que este esquema supuso un gran avance teórico en su momento, y que esta consideración pese a nacer en el contexto de los derechos económicos, sociales y culturales, específicamente del derecho a la alimentación adecuada, es aplicable a todo tipo de derechos humanos. Estos tres niveles de obligaciones eran:

1. Obligación de respetar (*to respect*)
2. Obligación de proteger (*to protect*)
3. Obligación de garantizar (*to fulfil*)

Eide presentó su informe definitivo al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en 1987: “The New International Economic Order and the Promotion of Human Rights. Report on the right to adequate food as a human right”<sup>845</sup>, donde

---

<sup>843</sup> Fons COOMANS, “Economic, Social and Cultural Rights”, en *Studie- en Informatiecentrum Mensenrechten (SIM) Special*, N° 16, Universidad de Utrecht, 1995, p. 10. El autor explica que esta tesis fue reiterada en 1984 por Asbjorn Eide en el informe, también provisional, E/CN.4/Sub.2/1984/22. En el mismo sentido Magdalena SEPÚLVEDA CARMONA, *The nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Antwerpen, 2003, p. 161.

<sup>844</sup> Olivier DE SCHUTTER, *International Human Rights Law*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2010, p. 242.

<sup>845</sup> Asbjorn EIDE, “The New International Economic Order and the Promotion of Human Rights. Report on the right to adequate food as a human right (N° E/CN.4/Sub.2/1987/23)”, p. 21. En [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=E/CN.4/Sub.2/1987/23](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/Sub.2/1987/23)



reevaluó levemente la tipología de 1984 y sostuvo, en primer lugar, que el hecho de que los principales instrumentos internacionales de derechos humanos no contengan obligaciones claramente especificadas para los Estados con relación a los “Desc” no es coincidencia, pues los redactores se concentraron en la inclusión de derechos pero no de las obligaciones subsecuentes, ignorando así la propuesta de los textos preparatorios de los países latinoamericanos que sí contenía extensos listados, pero fue derrotada por mayoría en la comisión redactora<sup>846</sup>.

Para Eide, los niveles de obligaciones de los Estados con relación a los derechos humanos serían los siguientes:

“66. La responsabilidad del Estado en cuanto a derechos humanos puede ser examinada en tres niveles: La obligación de respetar, la obligación de proteger, y la obligación de realizar los derechos humanos.

67. La **obligación de respetar** requiere del Estado, y de ese modo de todos sus órganos y agentes, abstenerse de hacer algo que viole la integridad del individuo o trasgreda su libertad, incluida la libertad de usar los recursos materiales disponibles en la forma que encuentre mejor satisfacen sus necesidades básicas. En este contexto deberíamos recordar la indivisibilidad de los derechos humanos: El derecho a la alimentación no puede cumplirse solo, depende también del respeto de las libertades fundamentales.

68. La **obligación de proteger** requiere del Estado y sus agentes las medidas necesarias para impedir a otros individuos o grupos violar la integridad, libertad de acción, u otros derechos humanos del individuo – incluyendo la prevención de la violación del disfrute de sus recursos materiales

69. La **obligación de realizar** requiere del Estado tomar las medidas necesarias para asegurar a cada persona dentro de su jurisdicción las oportunidades de obtener la satisfacción de aquellas necesidades, reconocidas en los instrumentos de derechos humanos, que no pueden ser aseguradas por su esfuerzo personal.”<sup>847</sup>

Adicionalmente, Eide explica que se debe hacer otra diferencia entre las obligaciones: las de *conducta* (o medio) y las de *resultado*.<sup>848</sup> Las primeras pueden ser activas y pasivas, y se relacionan con el comportamiento que el obligado debe seguir o del cual debe abstenerse, mientras las segundas se refieren, como su nombre indica, a los resultados que el obligado debe alcanzar o evitar. El autor indica que por ejemplo, los

<sup>846</sup> Íd., párr. 95 p. 21 y 65. Eide explica que la no inclusión de obligaciones expresas para los Estados en la realización de los Desc, fue lo que motivó la abstención de los países socialistas de Europa del Este en la votación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por considerarla un instrumento muy débil. (Ver nota 63 del informe).

<sup>847</sup> Asbjorn EIDE, “The New International Economic Order and the Promotion of Human Rights. Report on the right to adequate food as a human right (Nº E/CN.4/Sub.2/1987/23)”, Op. cit., párr. 66-69, p. 14 y 15. Traducción libre de la autora.

<sup>848</sup> Íd., párr. 71 y 72, p. 15.

agentes del Estado están obligados a no torturar, y esta es una obligación de conducta (negativa), mientras que en cuanto a la eliminación de la incidencia del hambre, tendrán una obligación de resultado.

Aunque reconoce que se trata de una relación compleja, pues no en todos los casos se requerirá exclusivamente de la satisfacción de una u otra obligación, por ejemplo, el Estado podría evitar el hambre de mejor manera si asume un rol pasivo y no interfiere con el control que tienen las personas sobre el manejo de sus propios recursos.

El autor no menciona este ejemplo, pero puede ejemplificar el asunto: piénsese en los conflictos por explotación de minería a cielo abierto que ocurren en la actualidad en Colombia y otros países latinoamericanos, el eje del problema está en la contaminación y uso excesivo de las fuentes hídricas que supondría la concesión de explotación, con lo que el derecho al agua potable (alimentación adecuada y salud consecuentemente) del cual gozan en la actualidad los habitantes de las diferentes zonas se verían seriamente afectados.

Ahora bien, en 1998 y 1999 Eide introdujo una cuarta categoría de obligaciones del Estado, la de facilitar (*to facilitate*). En su “Estudio actualizado sobre el derecho a la alimentación. (E/CN.4/Sub.2/1999/12)”<sup>849</sup> que presentó al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, señaló “el Estado tiene la obligación de facilitar oportunidades que permitan el disfrute de los mencionados derechos.”<sup>850</sup>

Teniendo en cuenta que a raíz de los estudios de Eide el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó en 1999 la división tripartita (respetar, proteger y realizar) en la Observación General N° 12 - El derecho a una alimentación adecuada<sup>851</sup>, y suponiendo que el cambio de términos en las tipologías de Eide se prestaba para confusiones, el mismo autor optó por quedarse con el esquema de obligaciones de respetar, proteger y realizar, pero con la particularidad de que esta última obligación (*to fulfil*) se subdivide en las obligaciones de facilitar y hacer efectivo.<sup>852</sup>

---

<sup>849</sup> Asbjorn EIDE, “Estudio actualizado sobre el derecho a la alimentación (E/CN.4/Sub.2/1999/12)”, en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/138/16/PDF/G9913816.pdf?OpenElement>

<sup>850</sup> *Id.*, párr. 52.c), p. 18.

<sup>851</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, “Observación General N° 12 - El derecho a una alimentación adecuada”, 12 de mayo de 1999, en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1999%2f5&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1999%2f5&Lang=en)

<sup>852</sup> Asbjorn EIDE, “Estudio actualizado sobre el derecho a la alimentación (E/CN.4/Sub.2/1999/12)”, *Op. cit.*, párr. 53, p. 18. En el mismo sentido Magdalena SEPÚLVEDA CARMONA, *The nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *Op. cit.*, p. 162.

Salvando los problemas que generan las traducciones al español de los documentos de Eide y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pues el término *facilitate* debería entenderse como promover y no como facilitar, se entiende a la luz de la Observación General 12 que:

“La obligación de realizar (**facilitar**) significa que el Estado debe procurar iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y medios que aseguren sus medios de vida, incluida la seguridad alimentaria. Por último, cuando un individuo o un grupo sea incapaz, por razones que escapen a su control, de disfrutar el derecho a una alimentación adecuada por los medios a su alcance, los Estados tienen la obligación de realizar (**hacer efectivo**) ese derecho directamente. Esta obligación también se aplica a las personas que son víctimas de catástrofes naturales o de otra índole.”<sup>853</sup> (Negritas fuera de texto)

Como se observa, los esquemas de Eide no difieren sustancialmente uno del otro, y la denominación de la obligación de facilitar (o promover), pone de manifiesto las obligaciones positivas que le incumben a los Estados en la generalización de derechos fundamentales que debe ocurrir y el involucramiento que terceras personas tienen en el cumplimiento de los derechos. Por otra parte, el término *fulfil* (realizar), recuerda que la obligación del Estado es la de cumplir todo el contenido del derecho, no solo una parte, y ello debe ocurrir especialmente cuando las personas no pueden satisfacer sus necesidades con su propio esfuerzo.

### 3.3.2 Esquema de Henry Shue

Paralelamente a las teorizaciones de Asbjorn Eide, Henry Shue<sup>854</sup> planteó en 1980, que existen tres tipos de derechos, los de seguridad, los de subsistencia y los de libertad, a los que se pueden adscribir en correspondencia una serie de deberes (duties) que los Estados deben cumplir:

---

<sup>853</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS NACIONES UNIDAS, “Observación General N° 12”, Op. cit., párr. 15, p. 5.

<sup>854</sup> Henry SHUE, “The interdependence of Duties”, en Alston, Philip y Tomasevski, Katarina, *The right to food*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1984, p. 83. Traducción libre de la autora. Ver también Magdalena SEPÚLVEDA CARMONA, *The nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Op. cit., p. 158-160.

Ilustración 8 Deberes de los Estados según Shue	
<b>I. Evitar privar (To avoid depriving)</b>	
<b>II. Proteger de la privación (To protect from deprivation)</b>	1. Haciendo cumplir el deber I 2. Diseñando instituciones para evitar la creación de incentivos fuertes para violar el deber I
<b>III. Ayudar al desposeído (To aid the deprived)</b>	1. Quienes son especial responsabilidad de uno mismo 2. Quienes son víctimas de fallos sociales en el desempeño de los deberes I, II-1 y II-2 3. Quienes son víctimas de desastres naturales

Fuente: Henry Shue<sup>855</sup>  
Elaboración propia

Shue reconoció a partir de debatir estas categorías con Asbjorn Eide y Philip Alston, que el primer deber (to avoid depriving) podría renombrarlo como **deber de respetar**, pues en lo esencial coincide con lo expuesto por Eide, pero el escoger el nombre de *deber de evitar privar* (avoid depriving) se debió a su necesidad de enfatizar el hecho de que derechos que antiguamente fueron clasificados de manera engañosa solo como positivos, también involucran deberes puramente negativos, y que la utilización de “evitar” en vez de simplemente referirse a “no privar”, se hizo para mostrar que incluso los deberes negativos demandan algún esfuerzo<sup>856</sup>.

Por otra parte, Shue es enfático al explicar que si bien su tipología coincide con la de Eide en las dos primeras obligaciones (deberes en su expresión), la tercera es completamente diferente y debería mantenerse como categoría independiente, pues el deber de ayudar, se refiere a la privación (violación) de derechos ya ocurrida, es decir, los Estados tienen una obligación de restituir a las víctimas cuando ha ocurrido un fallo en los deberes de respetar y proteger. Shue enfatiza la gravedad de esta situación en cuanto al derecho a la alimentación, pues supone la existencia de un deber de ayuda inmediata<sup>857</sup>.

<sup>855</sup> Henry SHUE, “The interdependence of Duties”, Op. cit., p. 83-84.

<sup>856</sup> Íd., p. 84

<sup>857</sup> Íd., p. 85 y 86.

Ahora bien, la tipología que acogieron las Naciones Unidas<sup>858</sup> fue la tripartita elaborada en 1987 por Asbjorn Eide<sup>859</sup>, al presentar su informe definitivo “The New International Economic Order And The Promotion Of Human Rights. Report on the right to adequate food as a human right.” (E/CN.4/Sub.2/1987/23)<sup>860</sup>. De acuerdo con esto, los deberes del Estado serían: respetar, proteger y realizar (to respect, to protect and to fullfil), como se indicó atrás.

No se considera del todo completa esta tipología, pues olvida una obligación muy importante que se abre paso recientemente: reparar. Le asiste entonces razón a Henry Shue al afirmar que el Estado debe reparar el daño causado a las personas privadas de sus derechos (bien sea por procesos históricos o por acciones que ocurrieron cuando la persona ya gozaba de sus derechos – acciones regresivas e injustificadas). Claro está, que esta obligación reviste un requisito importante, pues supone la existencia de procesos judiciales previos o de otras instituciones establecidas para tal fin, pues raramente los Estados han reconocido y reparado violaciones de derechos de manera voluntaria y sin que medie una sentencia judicial que así lo determine.

Confirma la existencia de este cuarto tipo de obligaciones lo que en la actualidad se conoce como la justicia transicional, existente a raíz de la estructura institucional creada a mediados de los años 90 del siglo XX, para dar respuesta a las violaciones masivas de derechos humanos, en especial la Corte Penal Internacional, y cuyo principal objetivo es evitar la impunidad y restablecer la verdad, la justicia, y la paz de las víctimas.

---

<sup>858</sup> Se puede observar esta incidencia en varios organismos de Naciones Unidas, como por ejemplo, el Fondo de Poblaciones (UNFPA) ver <http://www.unfpa.org/es/el-enfoque-basado-en-los-derechos-humanos> y en la propia Asamblea General, que en la parte preambular de la Resolución 151 de 2011 (A/RES/66/151) “*Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son universales, indivisibles e interdependientes, están relacionados entre sí y se refuerzan mutuamente.*”, reconoce la importancia de estimular el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, y en la consideración 6 recuerda que a los Estados les incumbe la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos.

También, en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, donde se reafirma el “solemne compromiso de los Estados de cumplir sus obligaciones de promover el respeto universal, así como la observancia y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales” y se indica que su promoción y protección es responsabilidad primordial de los gobiernos (Numeral 1º, parte I del documento; aunque a lo largo del texto se reiteran estas obligaciones con relación a derechos de grupos específicos, niños, mujeres, minorías étnicas, etc.).

<sup>859</sup> Coinciden en este punto Olivier DE SCHUTTER, *International Human Rights Law*, Op. Cit. p. 242, y Fons Coomans, “Economic, Social and Cultural Rights”, Op. Cit., p. 10.

<sup>860</sup> Asbjorn EIDE, “The New International Economic Order and the Promotion of Human Rights. Report on the right to adequate food as a human right (Nº E/CN.4/Sub.2/1987/23)”, Op. Cit.

Adicionalmente, la Declaración y Programa de Acción de Viena menciona directamente esta obligación. En el numeral 27, parte I, se indica lo siguiente: “Cada Estado debe prever un marco de recursos eficaces para **reparar** las infracciones o violaciones de los derechos humanos.” Y se hace énfasis en que la administración de justicia es parte integral del cumplimiento pleno de los derechos humanos, por lo que se requiere desplegar acciones, en especial desde Naciones Unidas, para que las administraciones de justicia sean fuertes e independientes.

### 3.3.3 Esquema de van Hoof

En 1984 G.J.H. van Hoof,<sup>861</sup> basándose en los primeros informes provisionales de Asbjorn Eide, presentó su esquema de forma que se presenta a continuación. La diferencia de las propuestas de otros autores es que incluye una cuarta obligación que tiene en cuenta las obligaciones de los Estados en el largo plazo.<sup>862</sup>

“Con relación a los derechos económicos, sociales y culturales, puede ser productivo aproximarse al problema de la implementación desde el ángulo de las obligaciones. En este sentido cuatro ‘niveles’ de obligaciones del Estado podrían distinguirse y que, a falta de mejores términos, pueden ser denominadas: una obligación de respetar, una obligación de proteger, una obligación de asegurar, y una obligación de promover. (Cita retirada)

En términos generales, estos diferentes tipos de obligaciones pueden ser definidos en la siguiente forma. La **obligación de respetar** prohíbe al Estado mismo actuar en forma alguna que pueda invadir derechos o libertades reconocidos. Este aspecto, por tanto, estrechamente parecido a lo que en el esquema tradicional fue denominado como una obligación de no interferencia. La **obligación de proteger** va más allá, en el sentido de que fuerza al Estado a dar pasos – a través de la legislación u otras formas – para impedir o prohibir a otros (terceras personas) violar derechos o libertades reconocidos. La **obligación de garantizar** requiere medidas de más largo alcance de parte del gobierno, en las que este tiene que crear activamente condiciones dirigidas al logro de un cierto resultado en la forma de una (más) efectiva realización de los derechos y libertades reconocidos. La **obligación de promover** está también diseñada para alcanzar un cierto resultado, pero en este caso concierne a metas más o menos vagamente formuladas, que solamente pueden ser alcanzadas progresivamente o en el largo plazo. La obligación de asegurar y la obligación de promover engloban, *inter alia*, lo que tradicionalmente se denomina obligaciones ‘programáticas’ dentro del marco de los derechos económicos, sociales y culturales.” (Negrita fuera de texto)<sup>863</sup>

---

<sup>861</sup> G.J.H. van HOOFF, “The legal nature of economic, social and cultural Rights: a rebuttal of some traditional views”, en, Alston Philip y Katarina Tomasevski, *The right to food*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1984.

<sup>862</sup> En el mismo sentido Magdalena SEPÚLVEDA CARMONA, *The nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Op. cit., p. 163.

<sup>863</sup> G.J.H. van HOOFF, “The legal nature of economic, social and cultural Rights” Op. cit., p. 106.

Como se observa, este esquema incluye no solo obligaciones relacionadas con acciones a realizar en el campo del cumplimiento a corto plazo de derechos, sino también en la forma de legislar para realizarlos en el largo plazo. Esta inclusión coincide con la tendencia de constitucionalizar los derechos fundamentales y que su cumplimiento sea la guía de rumbo político de los Estados.

Además, se debe tener presente que la obligación de promover también va en el mismo sentido de las propuestas de *tomarse en serio los derechos sociales*,<sup>864</sup> basándose en que no se trata de tratados de buenas intenciones o letra muerta, sino de derecho positivo que debe ser cumplido pues ha sido expedido con el respeto de las formas y contenidos debidos.

### 3.3.4. Esquema de Tara Melish

La autora presenta un esquema de tres obligaciones principales, emanadas de la Convención Americana de Derechos Humanos (Arts. 1º, 2º y 26): respetar, garantizar y realizar progresivamente. Estas constituyen el eje de las alegaciones que se deben presentar en las demandas de responsabilidad internacional.<sup>865</sup> La autora enriquece el esquema con la jurisprudencia y consideraciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A continuación se presenta una tabla con el resumen de su trabajo:

---

Traducción libre de la autora.

<sup>864</sup> Expresión usada por autores como Ricardo GARCÍA MANRIQUE, “Derechos sociales, escasez y reparto igualitario de recursos” en Montserrat ABAD, Mª Cruz LLAMAZARES y Mª Eugenia RODRÍGUEZ, Coords., *Políticas económicas y derechos sociales*, UC3M/Dykinson, Madrid, 2016; Francisco JIMÉNEZ GARCÍA, “Tomarse en serio el derecho internacional de los derechos humanos. Especial referencia a los derechos sociales, el derecho a la vivienda y la prohibición de los desalojos forzosos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 34, N° 101, may-ago 2014; y Luis Eduardo PÉREZ MURCIA, César RODRÍGUEZ y Rodrigo UPRIMNY, *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, IDEP / Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2012.

<sup>865</sup> Tara MELISH, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights, Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), Quito, 2003, p. 171 a 211.



Tabla 11  
Obligaciones estatales según Tara Melish

Obligación General	Obligaciones derivadas	
<b>1. Respetar (Art. 1° CADH)</b>	Es un deber negativo, supone abstención del Estado y sus agentes en el uso abusivo de su poder. Se debe dejar ejercer sus derechos a las personas naturales. Con relación a los DESC implica no interferir en el uso de recursos propios de los individuos o grupos de personas para satisfacer sus necesidades económicas y sociales. Siempre es de cumplimiento inmediato.	
<b>2. Garantizar (Arts. 1° y 2° CADH)</b>	Es un deber positivo y se refiere a la adopción de medidas de toda índole para asegurar el ejercicio de los derechos. Supone adicionalmente:	
	a. Prevenir violaciones por parte de agentes públicos y privados, ello a través de las siguientes acciones:	1. Normar, regular la conducta
		2. Hacer seguimiento al cumplimiento
		3. Llevar a cabo estudios de impacto de medidas que se van a implementar
		4. Eliminar obstáculos: administrativos y estructurales
	b. Investigar los supuestos abusos de derechos.	
	c. Sancionar a quienes hayan violado los derechos a alguien.	
	d. Reparar o remediar aquellas violaciones (Art. 63.1).	
	e. Asegurar contenido mínimo esencial de los derechos sea disfrutado por todas las personas.	
<b>3. Progresividad (Art. 26 CADH)</b>	A. Elaborar un plan de acción	1. Inmediato 2. Mediato
	B. Ejecución del plan con debida diligencia	
	C. No adoptar medidas regresivas	

Fuente: Tara Melish<sup>866</sup>  
Elaboración propia

Si bien el esquema de la autora sirve para identificar con claridad el conjunto mínimo de obligaciones que los Estados deben cumplir para la satisfacción de los derechos humanos en su territorio, y proporciona valiosa información sobre la forma en que se litiga en el sistema interamericano, se debe también reconocer que el esquema perpetúa el equívoco en el uso del término garantía expuesto páginas atrás, pues presupone que las garantías solo son positivas, cuando las garantías primarias pueden ser obligaciones o prohibiciones.

Se indicó al presentar la tipología de garantías de Luigi Ferrajoli, que él diferencia entre garantías primarias negativas y positivas, refiriendo las primeras a los derechos liberales y las segundas a los sociales, y en su momento también se criticó lo inadecuado de esta clasificación al relacionarlo de manera excluyente con uno u otro tipo de derechos, pues todos estos tienen facetas positivas y negativas.

<sup>866</sup> Ibid.



Se debe tener siempre presente que todas las obligaciones del Estado a la luz del derecho internacional implican algún tipo de garantías a nivel interno, por lo que exponer que el deber de garantizar se satisface al normar o introducir medidas, es solo en parte acertado; el deber de garantizar se habrá satisfecho por completo cuando el Estado haya adoptado garantías primarias – positivas y negativas, garantías secundarias, y cuente con una estructura de garantías institucionales adecuada, además de generar los espacios necesarios para que las garantías no institucionales o sociales puedan ejercerse adecuadamente.

### 3.3.5 Esquema de Víctor Abramovich y Christian Courtis

Los autores adoptan un esquema elaborado de conformidad con las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, para mostrar algunas de las obligaciones genéricas de los Estados con relación a estos derechos (advierten que su listado no es exhaustivo).<sup>867</sup> Si bien este esquema es más específico que los anteriores, resulta útil en aras de continuar presentando la multiplicidad de obligaciones que le corresponden a los Estados, independientemente de que los esquemas teóricos presentados coincidan en algunos puntos. Así, ellos identifican que los Estados deben cumplir con las siguientes obligaciones:

1. Adoptar medidas inmediatas
  - a. Adecuación del marco legal
  - b. Relevamiento de información, vigilancia efectiva y formulación del plan de acción
  - c. Provisión de recursos efectivos
2. Garantizar niveles esenciales de los derechos
3. Obligación de progresividad y prohibición de regresividad

Este esquema tiene la virtud de poner fin a la confusión garantizar – normar, pues aclara que la adopción de medidas es una obligación de los Estados, pero no la única; sin

---

<sup>867</sup> Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. cit., p. 79 a 116.

embargo, reproduce la confusión garantía – realización, pues habla de “garantizar niveles esenciales”, cuando en realidad se quiere referir a la realización material de un nivel mínimo aceptable en cuanto a derechos, por debajo del cual se afecta gravemente la integridad y dignidad de las personas.

Por otra parte, el esquema rescata la obligación de progresividad olvidada por lo autores angloparlantes, y que aunque esté referida usualmente a los Desc, es igualmente extensible a cualquier tipo de derechos humanos, pues no es admisible la disminución del estándar alcanzado en el goce de derechos, salvo por causas justificadas y superando el test de estricto escrutinio.

Visto lo anterior, el panorama no parece muy claro en cuanto a qué tipología utilizar teóricamente, pues dependiendo de la postura asumida se encontrará con mayor o menor nitidez la obligación de garantía que le corresponde a los Estados. Por lo pronto, el haber presentado estos esquemas permite inferir que la obligación de garantía es solo **una** de las varias que le corresponde cumplir a los Estados con relación a los derechos fundamentales, y que el uso de fórmulas vagas del tipo “el Estado garantizará el derecho a” deben desaparecer del léxico jurídico, pues al no ser técnicas, solo contribuyen a larga a diluir la exigibilidad de los derechos.

Por otra parte, encasillar estas obligaciones en categorías positivas y negativas, no es adecuado tampoco. Shue bien mencionaba que inclusive los deberes de abstención exigen algún tipo de acción, por lo que no serán únicamente obligaciones de resultado o conducta; de hecho, Asbjorn Eide luego de presentar esta clasificación<sup>868</sup> concluye que no se puede determinar en abstracto cuáles obligaciones serán de conducta y cuáles de resultado, sino que dependerá de cada caso.

Coinciden con esta postura Víctor Abramovich y Christian Courtis<sup>869</sup>, quienes indican que uno de los obstáculos para la realización de los derechos sociales es precisamente la falta de determinación de la conducta a seguir para satisfacer un derecho, y la complejidad que puede revestir el curso de acción en muchos casos (por ejemplo en el derecho a la salud), por lo que no podrá hablarse en ‘blanco y negro’ de obligaciones exclusivamente positivas o negativas.

---

<sup>868</sup> Asbjorn EIDE, “The New International Economic Order and the Promotion of Human Rights. Report on the right to adequate food as a human right (Nº E/CN.4/Sub.2/1987/23)”, Op. cit., p. 15.

<sup>869</sup> Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 125 y 126.

Lo expuesto coincide con uno de los problemas típicos al hablar de derechos sociales, presentado en la primera parte del presente documento, y es la creencia ampliamente extendida de que el problema de los derechos sociales radica en que no son verdaderos derechos porque no se pueden exigir en instancias jurisdiccionales, debido precisamente a dificultades como la indeterminación y la imposibilidad de determinar las conductas debidas por parte del Estado.

Por ello, se reitera la advertencia de Gerardo Pisarello<sup>870</sup> pues la exigibilidad de los derechos sociales no se puede reducir únicamente a su justiciabilidad, ya que hacerlo es perpetuar los esquemas de pensamiento que niegan su naturaleza de derechos fundamentales y los limitan a ser *derechos de papel*<sup>871</sup>. Sostiene él que de lo que se trata, es de poner de manifiesto que ya existen “múltiples órganos e instituciones que pueden y deben intervenir en su protección, con prioridad incluso sobre aquellos de tipo jurisdiccional (...)”<sup>872</sup>, dentro de las que se encuentran el Legislativo, los órganos de la Administración, y los órganos de control, como por ejemplo las defensorías del pueblo, como se indicó páginas atrás.

### 3.4. EXIGIBILIDAD INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

Una vez vistas las obligaciones de los Estados a la luz del derecho internacional, es decir, las obligaciones de los Estados frente a la comunidad internacional y a favor de las personas de sus respectivos territorios, es procedente explicar el funcionamiento de los sistemas universal e interamericano de protección de los derechos humanos, para luego identificar las garantías primarias y secundarias existentes en ellos, y así evidenciar cómo refuerzan o no el sistema de garantías interno de un Estado.

Se revisará en primer lugar lo relativo al sistema de Naciones Unidas, teniendo en cuenta que ya se encuentra en vigencia el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

---

<sup>870</sup> Gerardo PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, Op. Cit., 2007, p. 112.

<sup>871</sup> Famosa expresión de Riccardo GUASTINI. Aunque si se piensa a fondo la cuestión, todos los derechos y estructuras jurídicas serían de papel, pues lo que les da fuerza es la estructura institucional que la respalda y la fortaleza o debilidad de los movimientos sociales que surjan en determinados momentos históricos en su defensa. Se puede incluso hacer una analogía al papel moneda, que no vale por lo que tiene impreso en sus dos caras, sino por la confianza.

<sup>872</sup> Gerardo PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Op. Cit., p. 112

### 3.4.1 SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

El sistema universal se basa, teóricamente, en un consenso de Estados, por lo que se trata de un sistema horizontal, de igualdad y no subordinación de unos Estados a otros, mientras que los sistemas nacionales por el contrario sí están jerarquizados, pues todos los órganos del Estado están subordinados a la norma material fundante, usualmente una constitución política y jurídica, y en todo caso, a la soberanía del pueblo. Por ello indica Hoof:

“Es casi un lugar común, reconocer que existe un amplio rango de diferencias entre las comunidades nacionales por una parte y la comunidad internacional de Estados por la otra. Las diferencias más relevantes a nuestros propósitos se reducen al hecho de que las comunidades nacionales están estructuradas usualmente de manera vertical, u organizadas de manera centralizada, mientras que la sociedad internacional está estructurada horizontalmente o caracterizada por una organización descentralizada. Como resultado, a diferencia del derecho internacional, los sistemas de derecho nacional están la mayoría de las veces equipados con un proceso institucionalizado de producción legislativa, una rama ejecutiva de gobierno, y una maquinaria para hacer cumplir la ley. En derecho internacional estas funciones han sido en buena parte desarrolladas en una forma no institucionalizada por los sujetos de tal ley, a saber, los Estados mismos. Esta es la excepción en vez de la regla general de que las normas de derecho internacional pueden hacerse valer a través de tribunales, o en maneras similares.”<sup>873</sup>

Lo anterior explica que la estructura de protección de derechos humanos a nivel internacional sea residual, distante de la persona común y corriente, reservada a las violaciones más graves de derechos humanos, y que opere más bien en un plano político y de alguna forma, de escarnio público. El sistema entonces puede abordarse desde dos puntos de vista, el de las técnicas de control y el de las instituciones.

#### a) Protección según técnicas de control

Sobre este tema explica Fernández De Casadevante<sup>874</sup>, que el sistema universal de protección de derechos humanos funciona con un esquema de tres vías *principales*: informes periódicos de los Estados a los órganos de tratado, denuncias interestatales y

---

<sup>873</sup> G.J.H. van HOOFF, “The legal nature of economic, social and cultural Rights: a rebuttal of some traditional views”, Op. Cit., p. 100 y 101. Traducción libre de la autora.

<sup>874</sup> Carlos FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Dilex, Madrid, 2007, p. 74 y ss.

denuncias individuales; y dos *especiales*: investigación confidencial y sistema de visitas (cuando procede, p.e. para prevención de la tortura).

Él no menciona la naturaleza jurídica de los mecanismos, pero es relevante enunciarla para poderlos agrupar, y adicionalmente, incluir de forma explícita la expedición de normas como vía principal. De acuerdo con esto, se puede reformular lo dicho por Fernández De Casadevante e indicar que el funcionamiento del sistema universal se basa en cinco vías, dos políticas y semi-políticas y tres jurisdiccionales y semi-jurisdiccionales, que se esquematizan a continuación.

Ilustración 9

**Vías de funcionamiento del Sistema Universal de protección de Derechos Humanos según técnicas de control**

<b>Políticas y semi-políticas</b>
1. Expedición de normas jurídicamente vinculantes (hard law) y normas de interpretación y recomendación (soft law)
2. Informes que los Estados Partes en el Convenio en cuestión deben enviar al órgano previsto en el mismo
<b>Jurisdiccionales y semi-jurisdiccionales</b>
3. Denuncias interestatales
4. Denuncias individuales
5. Investigaciones confidenciales y sistema de visitas

Fuente: Carlos Fernández de Casadevante<sup>875</sup>  
Elaboración propia

La expedición de normas jurídicamente vinculantes es la forma más importante en que funciona el sistema universal de protección de derechos humanos, por cuanto supone el acuerdo de los Estados en la materia e implica que su aceptación, simple o con reservas, ya obliga al Estado parte a cumplir su contenido una vez el instrumento internacional entre en vigencia. El principio de buena fe es vital en este punto, pues la lógica indica que los tratados se suscriben para cumplirlos, no para lo contrario.

Ahora bien, existe otro tipo de normas no vinculantes, en la medida de que no son suscritas por los Estados directamente, sino indirectamente en la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (en lo sucesivo NNUU), a través de las recomendaciones emanadas de su reunión anual y que se elaboran en cada una de las

<sup>875</sup> Ibid.

seis comisiones encargadas<sup>876</sup>:

- La Primera Comisión (Desarme y Seguridad Internacional) se ocupa exclusivamente de cuestiones del desarme y otras cuestiones relacionadas con la seguridad internacional.
- La Segunda Comisión (Asuntos Económicos y Financieros) se encarga exclusivamente de cuestiones económicas.
- La Tercera Comisión (Asuntos Sociales, Humanitarios y Culturales) atiende exclusivamente de cuestiones sociales y humanitarias.
- La Cuarta Comisión (Política Especial y de Descolonización) trata una variedad de asuntos tales como la descolonización, los refugiados palestinos y los derechos humanos, el mantenimiento de la paz, las actividades relativas a las Minas, los asuntos del espacio ultraterrestre, la información, las radiaciones ionizantes y la Universidad para la paz.
- La Quinta Comisión (Asuntos Administrativos y Presupuestarios) se ocupa exclusivamente de los aspectos administrativos y presupuestarios de las Naciones Unidas.
- La Sexta Comisión (Jurídica) se encarga exclusivamente de cuestiones jurídicas internacionales.

La responsable del tema de derechos humanos es la Tercera Comisión, que fija el estándar en los temas escogidos para la reunión anual (de septiembre a diciembre), a través de la expedición de resoluciones. Estas son vinculantes en la medida de que sean aprobadas, esto puede sonar tonto pues ello ha debido ocurrir para que una resolución exista y deje de ser ‘borrador de resolución’, pero se debe a que si una resolución ha sido aprobada por votación y no por consenso, puede dar lugar a que los Estados que la votaron negativamente se nieguen en la práctica a cumplirla.

Adicionalmente, se debe recordar que las resoluciones son tremendamente decisivas, pues en ocasiones es a través de ellas que se introduce nueva normatividad internacional, como ocurrió por ejemplo con el ‘Protocolo Facultativo del Pacto

---

<sup>876</sup> Información sobre las seis comisiones tomada de la página web de NNUU: <http://www.un.org/es/ga/maincommittees/index.shtml>

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales', introducido en diciembre de 2008 a través de la Resolución A/RES/63/117 y que entró en vigencia el 5 de mayo de 2013.

Su labor se coordina adicionalmente con el Consejo de Derechos Humanos, que también sesiona anualmente (durante el primer semestre del año) y emite resoluciones que luego son tenidas en cuenta por la Asamblea General (a través de la Tercera Comisión); y, tanto el Consejo de Derechos Humanos como la Asamblea General, se nutren de la información que suministran los diferentes expertos independientes y relatores especiales de derechos humanos, quienes son los que poseen de primera mano la información relevante sobre la situación de derechos humanos en un territorio determinado o sobre un tema en especial.

Como se observa, se trata de un órgano meramente político, pues no puede más que deliberar los diferentes temas de derechos humanos propuestos por alguna de las delegaciones nacionales y fijados en la agenda a seguir, pero no tiene funciones de juzgamiento ni conocimiento de violaciones de derechos humanos con fines de repararlas.

Esto es así debido a los principios de no selectividad, imparcialidad y objetividad que rigen la actuación de la Asamblea General. Excepcionalmente en las resoluciones se hacen señalamientos expresos a un determinado Estado que presenta graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos en su territorio, pero el asunto no pasa del juicio político sin consecuencias jurídicas.

Algunos de los Estados que han sido objeto de este tipo de resoluciones han tomado atenta nota de la situación y se han preocupado por cumplir con los estándares de NNUU, otros son renuentes a ello, como por ejemplo la República Popular Democrática de Corea, que desde 2005 es sujeto de resoluciones.

Lo anterior permite evidenciar una de las debilidades de esta técnica de control, considerada precisamente como una garantía política de acuerdo con la clasificación presentada, pues cuando se trata de normas no vinculantes se queda prácticamente en el plano de los reproches morales debido a que no cuenta con mecanismos de reforzamiento; pese a esto, otro tipo de garantías políticas del sistema universal sí han tenido impacto en aspectos como la comprensión y protección de derechos en los ordenamientos nacionales, aunque los cambios hayan sido lentos.

Ahora bien, la segunda vía es la de los informes de los Estados, que como se dejó entrever, constituyen un mecanismo de asunción y fijación de responsabilidades, al menos políticas, muy importante. Este es el mecanismo típico de seguimiento a la ejecución de un instrumento internacional.

Usualmente es el mismo instrumento el que fija esta obligación, y busca establecer cómo el Estado lo ha implementado, qué disposiciones de orden interno ha adoptado, qué medidas ha puesto en funcionamiento, etc. Estos informes, se presentan al Secretario General de las NNUU, quien los reenvía al órgano competente para conocerlos de acuerdo con el instrumento internacional respectivo:

Ilustración 10	
Mecanismos de informes según órgano de tratado	
Instrumento Internacional	Órgano de tratado de NNUU
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - 1966 (Art. 40)	1. Comité de Derechos Humanos (CCPR)
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - 1966 (Art. 16)	2. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR)
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial – 1965 (Art. 9)	3. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD)
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer – 1979 (Art. 18)	4. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)
Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes – 1984 (Art. 19)	5. Comité contra la Tortura (CAT)
Protocolo Facultativo de la Convención contra la tortura OPCAT – 2002	6. Subcomité para la Prevención de la Tortura - SPT <sup>877</sup>
Convención sobre los Derechos del Niño – 1989 (Art. 44) (y protocolos facultativos – 2000)	7. Comité de los Derechos del Niño (CRC)
Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares – 1990 (Art. 73)	8. Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios (CMW)
Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad – 2006 (Art. 35)	9. Comité de los derechos de las personas con discapacidad (CRPD)
Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Art. 29)	10. Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED)

Fuente: Oficina de la Alta Comisionada de las NNUU para los Derechos Humanos<sup>878</sup>  
Elaboración propia

Una vez en manos del respectivo Comité, este lo examina y formula los comentarios que considere pertinentes al Estado respectivo; también puede solicitarle información adicional. Posteriormente, los Estados pueden responder o formular

<sup>877</sup> El Subcomité para la Prevención de la Tortura fue creado especialmente para funcionar de manera confidencial y llevar a cabo la tarea de visitas *in situ*.

<sup>878</sup> Información extractada de la página web de la Oficina del Alta Comisionado de las NNUU para los Derechos Humanos, <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>



alegaciones a dichos comentarios.

Pese a la debilidad de este mecanismo, quedan al menos tres garantías de su observancia: la publicidad del informe, la posibilidad de que el Comité respectivo abra investigaciones si considera que el informe no es satisfactorio, y tercera, que el Comité respectivo, dado su carácter técnico e imparcialidad con que debe actuar, contrasta la información suministrada por el Estado y solicita las precisiones y ampliaciones requeridas<sup>879</sup>.

Por último, solo resta indicar que las recomendaciones son vinculantes y los Estados deben seguirlas. Esta obligación no cuenta con mecanismos de reforzamiento a nivel internacional, pues no cuenta con garantías secundarias y los Comités no pueden establecer sanciones jurídicas a los Estados. De hecho los Comités prefieren actuar mediante el acompañamiento técnico y no mediante medios coercitivos, aunque muchas veces ello signifique en el terreno práctico, dilatar el cambio de la situación interna en cuanto a determinado derecho humano.

Esto sin embargo, no resta validez a los tratados internacionales, es más, el hecho de que no se establezcan instancias jurisdiccionales ante las cuales enjuiciar el incumplimiento de los derechos contenidos en aquellos no les resta valor vinculante; indica Hoof que:

“...la disponibilidad del reforzamiento a través de tribunales o en formas similares no puede ser considerada una condición para el estatus jurídicamente vinculante de las normas de derecho internacional. Obviamente, se puede argumentar que tales remedios legales son deseables porque pueden realzar considerablemente la efectividad de las normas respectivas, y consecuentemente, debería hacerse un intento por proveer tal reforzamiento jurisdiccional también a las normas de derechos internacional. No obstante, tales consideraciones no pueden ser utilizadas para negar estatus jurídicamente vinculante a las normas de derecho internacional sobre las bases de que no pueden ser reforzada a través de métodos similares a aquellos que prevalecen en sistemas legales municipales.”<sup>880</sup>

Como se observa, Hoof pone de manifiesto que la falta de garantías secundarias no afecta la vinculatoriedad jurídica de las normas de derecho internacional en materia de derechos humanos, con lo que se comprueba lo dicho páginas atrás con relación a que no se debe confundir los derechos fundamentales con su reforzamiento o garantía.

---

<sup>879</sup> Carlos FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Op. Cit., p. 78.

<sup>880</sup> G.J.H. van HOOFF, “The legal nature of economic, social and cultural Rights: a rebuttal of some traditional views”, Op. Cit., p. 101. Traducción libre.

Entonces, el cumplimiento de las normas de derecho internacional está mucho más sujeto al principio de buena fe de lo que lo están las normas internas, que sí cuentan en casi todos los casos con garantías secundarias, y en caso de no hacerlo, se puede acudir a las vías indirectas mencionadas páginas atrás (por ejemplo por conexidad con derechos civiles y políticos).

De todas formas, sí existen algunas situaciones en las que el derecho internacional previó garantías secundarias. Esto es, a través de *denuncias interestatales* y de *denuncias individuales*, que corresponden a mecanismos jurisdiccionales y semi-jurisdiccionales. En ambos casos, se tiene que observar si el convenio internacional respectivo hizo tal previsión o no, y adicionalmente, si el Estado aceptó o no la competencia del órgano de control; en el caso de las denuncias interestatales se requiere adicionalmente que el Estado denunciante haya aceptado también dicha competencia.

En el caso de los Desc, la entrada en vigencia del Protocolo optativo en 2013 abrió la puerta para presentar denuncias individuales o interestatales. Este instrumento, echado de menos durante décadas en el sistema universal, contempla la facultad de que personas o grupos de personas en clara desventaja, presenten denuncias individuales o ‘comunicaciones’ (Art. 2º), al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Este, una vez admita el asunto a trámite, puede otorgar medidas provisionales de protección, poner a disposición de las partes sus buenos oficios para alcanzar una solución amigable, o si no es posible, emitir una serie de recomendaciones al Estado para que solucione el asunto de manera satisfactoria.

De manera análoga, el Protocolo prevé un mecanismo de denuncias interestatales o ‘comunicaciones entre Estados’ (Art. 10º), que consiste básicamente en la posibilidad de que un Estado parte, que haya reconocido con respecto a sí mismo la competencia del Comité, ponga en conocimiento que otro Estado parte no está cumpliendo con las obligaciones del PIDESC.

Ello ocurre en dos etapas, primero directamente entre Estados, caso en el cual el Comité puede intervenir solo observando la cuestión, y si una vez agotado el procedimiento, el resultado no es satisfactorio para ambos Estados, cualquiera de ellos puede remitir el asunto al Comité, que intentará primero alcanzar una solución amigable, pero de no ser posible, emitirá las observaciones pertinentes.

Por último, el Protocolo introduce el mecanismo especial de investigación confidencial (Art. 11.2), que permite al Comité Desc de manera oficiosa asumir la

investigación sobre violaciones graves o sistemáticas de derechos económicos, sociales y culturales en un Estado.

La investigación involucra al Estado denunciado y permite que el Comité realice visitas al territorio, se busca pues, que aquel observe por sí mismo la situación e implemente los correctivos necesarios, pues la investigación solo dará como resultado que el Comité emita sus observaciones, que aunque son vinculantes, no cuentan con mecanismos de refuerzo, salvo la inclusión, con previa autorización del Estado involucrado, de los resultados de la investigación confidencial en el informe anual del Comité, y la invitación a que los Estados también incluyan esta información en su informe sobre el cumplimiento del PIDESC.

Pese a esta debilidad es importante resaltar que las observaciones son un valioso insumo, para que los grupos de la sociedad civil pongan en movimiento garantías sociales o no institucionales en el reclamo de derechos fundamentales desde la incidencia política a nivel interno en los Estados.

#### **b) Protección según el funcionamiento de las instituciones**

Visto lo anterior, solo resta hacer mención al punto de vista *institucional* para así cerrar la visión global del sistema universal de protección de derechos humanos. Dentro de este se pueden distinguir dos tipos de organismos: los basados en la Carta de las Naciones Unidas y los diez órganos de tratado (mencionados en la ilustración N° 10). Los órganos basados en la Carta de las Naciones Unidas son de dos clases<sup>881</sup>:

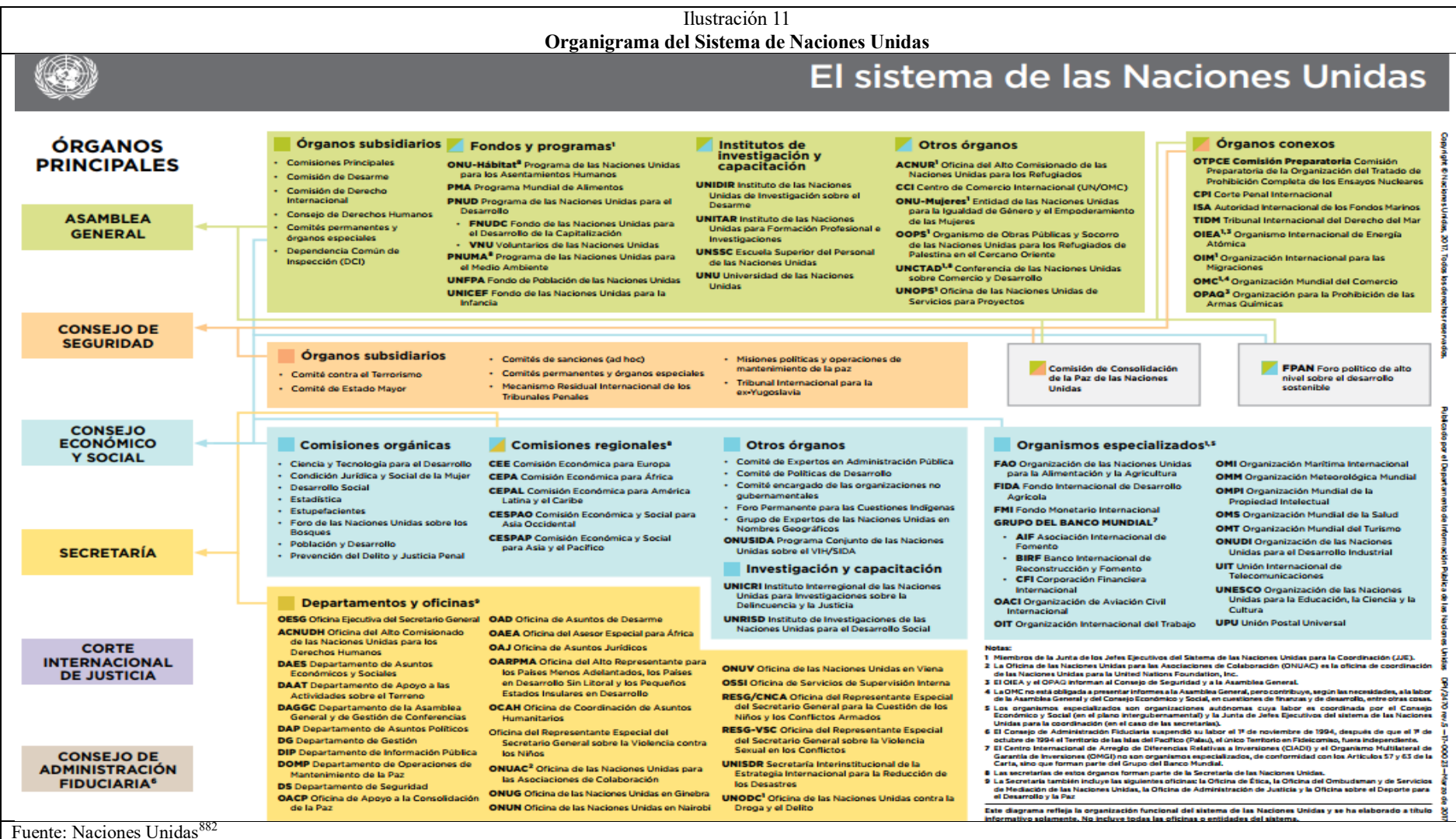
*Creados directamente por la Carta*: (1) Asamblea General, (2) Consejo de Seguridad, (3) Consejo Económico y Social (Ecosoc), (4) Corte Internacional de Justicia, (5) Secretaría de las ONU, (6) Consejo de Administración Fiduciaria (no extinto pero inoperante en la actualidad); y *autorizados por alguno de los anteriores cuerpos*

A continuación se presenta el organigrama de la Organización de las Naciones Unidas para hacerse una mejor idea de las relaciones y dependencias institucionales, teniendo en cuenta que la institución ha crecido de manera significativa desde sus orígenes remotos en la Sociedad o Liga de Naciones de 1919, y que la estructura burocrática ha tendido a complicarse antes que a racionalizarse.

---

<sup>881</sup> Esta clasificación se basa en algunas de las indicaciones de Philip ALSTON, Ryan GOODMAN y Henry J. STEINER, *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, Oxford University Press, New York, 2007, p. 735.

Ilustración 11  
Organigrama del Sistema de Naciones Unidas



<sup>882</sup> NACIONES UNIDAS, “Organigrama” en [http://www.un.org/es/aboutun/structure/pdf/unchart\\_11x17\\_sp\\_color.pdf](http://www.un.org/es/aboutun/structure/pdf/unchart_11x17_sp_color.pdf)



### 1) Órganos creados directamente por la Carta

En cuanto a los órganos creados directamente por la Carta de Naciones Unidas, se puede mencionar que las entidades que mayor relevancia tienen en la garantía política de derechos sociales son la Asamblea General, el Consejo Económico y Social (Ecosoc) y la Secretaría de Naciones Unidas.

#### i. Asamblea General

La Asamblea General es el principal órgano deliberativo del sistema de Naciones Unidas. Está compuesto por las delegaciones de los 193 Estados miembros, que se reúnen anualmente en Nueva York para discutir y tomar decisiones sobre diversos temas de relevancia para la entidad.

Las decisiones se toman por votaciones que requieren una mayoría de 2/3 de los miembros presentes y votantes para temas como la paz y la seguridad, la admisión de nuevos miembros y los asuntos presupuestarios,<sup>883</sup> y de mayoría simple para otros asuntos.<sup>884</sup>

Cada Estado tiene un voto, pero este puede suspenderse por mora de dos años en el pago de sus cuotas financieras como medida coercitiva, salvo si se demuestra la incapacidad de pago por circunstancias ajenas a su voluntad. Esta quizás sea la única forma de reforzar la garantía primaria que representa este mecanismo, aunque no se puede negar que se trata de una forma débil de sanción más que de una garantía secundaria *per se*.

La Asamblea General es entonces el órgano más importante para el establecimiento de normas internacionales y su codificación, aunque siendo más del tipo *soft law*, pues emite recomendaciones que no tienen valor vinculante pero sí orientativo

---

<sup>883</sup> De acuerdo con el artículo 18 de la Carta de las Naciones Unidas estos temas son: “las recomendaciones relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, la elección de los miembros no permanentes del Consejo de Seguridad, la elección de los miembros del Consejo Económico y Social, la elección de los miembros del Consejo de Administración Fiduciaria de conformidad con el inciso c, párrafo 1, del Artículo 86, la admisión de nuevos Miembros a las Naciones Unidas, la suspensión de los derechos y privilegios de los Miembros, la expulsión de Miembros, las cuestiones relativas al funcionamiento del régimen de administración fiduciaria y las cuestiones presupuestarias.”

<sup>884</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Órganos principales”, en <http://www.un.org/es/sections/about-un/main-organs/>

y político. Además de pronunciarse sobre cuestiones relacionadas con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, tiene las siguientes funciones relacionadas con la promoción y protección de los derechos sociales:

“ - Iniciar estudios y formular recomendaciones para promover la cooperación política internacional, el desarrollo y la codificación del derecho internacional, el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y la colaboración internacional en las esferas económica, social, humanitaria, cultural, educativa y sanitaria. (...) - Recibir y examinar informes del Consejo de Seguridad y otros órganos de las Naciones Unidas.”<sup>885</sup>

Por lo general estos estudios y recomendaciones han sido los antecedentes de tratados y convenios internacionales sobre diversas materias de derechos humanos, además de servir como guía para las actuaciones de otras entidades y agencias del sistema de Naciones Unidas.

Por otra parte, la Asamblea recibe los informes del Consejo Económico y Social (Artículo 15, párrafo 2, de la Carta de las Naciones Unidas), del Consejo de Derechos Humanos (tanto al pleno como a la Tercera Comisión de acuerdo con la decisión 65/503 A del Consejo) y de otros organismos dependiendo de los resultados de anteriores Asambleas Generales, así por ejemplo, en 2017 recibió informes sobre los derechos del niño del Secretario General, la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados, la Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños y la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, e invitó al Presidente del Comité de los Derechos del Niño a que le presentara un informe oral sobre la labor del Comité y a entablar un diálogo interactivo con ella.<sup>886</sup>

Para llevar a cabo la Asamblea General se realiza un *debate general* durante los primeros días, y luego se realizan debates en cada una de las 6 comisiones principales establecidas por temas, en las que cada Estado miembro puede estar representado por una persona. Recordándolas de manera sucinta estas son<sup>887</sup>: Primera, Desarme y

---

<sup>885</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Funciones y poderes de la Asamblea General”, en <http://www.un.org/es/ga/about/background.shtml>

<sup>886</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Lista preliminar anotada de temas que se incluirán en el programa provisional del septuagésimo segundo período ordinario de sesiones de la Asamblea General (documento A/72/100)”, en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/72/100>

<sup>887</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Comisiones principales”, en <http://www.un.org/es/ga/maincommittees/index.shtml> y ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES



Seguridad Internacional; Segunda, Asuntos Económicos y Financieros; Tercera, Asuntos Sociales, Humanitarios y Culturales; Cuarta, Política Especial y de Descolonización; Quinta: Asuntos Administrativos y Presupuestarios; y Sexta, Jurídica. Las comisiones en las que se ventilan temas de derechos humanos, y por ende relacionados con derechos sociales, son la tercera y la cuarta<sup>888</sup>

Además, la Asamblea cuenta con varios órganos subsidiarios tales como Comités, Comisiones, Juntas, Consejos y Grupos, y Grupos de trabajo y otros. De acuerdo con las explicaciones de la Asamblea General “Después de discutir los temas del programa, buscando siempre que sea posible para armonizar los distintos enfoques de los Estados, los órganos subsidiarios presentarán sus recomendaciones, por lo general en forma de proyectos de resoluciones y decisiones, a una sesión plenaria de la Asamblea para su consideración.”<sup>889</sup>

Como se puede observar, la Asamblea General ejerce una función de garantía política de los derechos sociales a través de la emisión de recomendaciones, y una función semi-política en lo atinente a la revisión de informes de diversos organismos del sistema de Naciones Unidas relacionados directamente con la promoción y protección de derechos humanos.

Si bien la forma en que funciona la Asamblea General representa una herramienta política de vital importancia para la protección y desarrollo de los derechos sociales, no es menos cierto que requiere de ajustes, pues tanto en el desarrollo de este tipo de derechos como en el de otros es visible que su labor se presenta como algo pesado, lento, tremendamente burocratizado y más de índole diplomática, por lo que se puede sentir una cierta desconexión entre la esfera internacional y los resultados a nivel nacional, y un manejo más de tipo paliativo que curativo de los problemas de derechos humanos locales y globales.

Así por ejemplo, si se mira la evolución de derechos como la alimentación y el agua potable se puede observar que ambos, pese a la tremenda importancia que tienen

---

UNIDAS, “Reglamento de la Asamblea General”, en [http://www.un.org/es/ga/about/ropga/ropga\\_cttees.shtml](http://www.un.org/es/ga/about/ropga/ropga_cttees.shtml) Artículo 98.

<sup>888</sup> Esta última relativa a temas de: “la descolonización, los refugiados palestinos y los derechos humanos, el mantenimiento de la paz, las actividades relativas a las Minas, los asuntos del espacio ultraterrestre, la información, las radiaciones ionizantes y la Universidad para la paz.” ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Política Especial y de Descolonización (Cuarta Comisión)”, en <http://www.un.org/es/ga/fourth/index.shtml>

<sup>889</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Órganos subsidiarios de la Asamblea General”, en <http://www.un.org/es/ga/about/subsidiary/index.shtml>



para la vida humana, aún no alcanzan el status de *hard law* pero cada uno cuenta con un mecanismo semi-político de supervisión: para el primero se creó en el año 2000 el Relator Especial sobre el derecho a la alimentación<sup>890</sup>; para el segundo en 2008 se estableció el Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento<sup>891</sup>, y desde 2012 también el Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible<sup>892</sup>.

La labor de los relatores es gratuita y de invaluable valor académico, sin embargo, se trata de mandatos poco conocidos, y que aumentan la presión burocrática de la ONU, en especial de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, pues es la entidad encargada de los mandatos temáticos y por ende la obligada a brindarles asistencia técnica para que puedan llevar a cabo su trabajo. Si se lo piensa bien, estos y otros temas se han venido estudiando desde hace varias décadas, y sin embargo, el consenso internacional visible desde la Asamblea General se ha quedado en el debate formal y en la reiteración por escrito de las obligaciones que le asisten a los Estados al respecto. No es de extrañar entonces que la multiplicidad de instancias, e inclusive la duplicación de esfuerzos en el seno del sistema universal, pueda ser un factor que explique la poca importancia que algunos Estados le dan a las recomendaciones y observaciones a nivel interno, e incluso, desde su participación misma en la Asamblea General de la ONU.

ii. *Consejo Económico y Social (Ecosoc)*

Aunque tiene un carácter más político, pues está establecido para ‘promover la materialización de las tres dimensiones del desarrollo sostenible (económica, social y ambiental)’<sup>893</sup>, tiene relación con los Derechos Humanos debido a que su trabajo influye en las políticas macro y tiene la posibilidad de hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos (Art. 62 Carta de las NNUU), esto se

---

<sup>890</sup> Fue establecido por la Comisión de Derechos Humanos en abril de 2000, mediante la Resolución 2000/10.

<sup>891</sup> Con la Resolución 7/22, de marzo de 2008 del Consejo de Derechos Humanos.

<sup>892</sup> Mediante Resolución 19/10, del 22 de marzo de 2012, del Consejo de Derechos Humanos.

<sup>893</sup> Información de Ecosoc en <https://www.un.org/ecosoc/es/about-us>

traduce por ejemplo, en la obligación que tiene de presentarle anualmente un informe<sup>894</sup> a la Asamblea General antes de su período de sesiones, y en la posibilidad de presentarle proyectos de resolución a través de sus diferentes Comisiones. De acuerdo con la información de Naciones Unidas:

“El ECOSOC está compuesto por 54 Gobiernos miembros elegidos por la Asamblea General para desempeñar mandatos de tres años. Los puestos en el Consejo se distribuyen en función de la representación geográfica, asignándose 14 de ellos a los Estados de África, 11 a los Estados de Asia, 6 a los Estados de Europa Oriental, 10 a los Estados de América Latina y el Caribe y 13 a los Estados de Europa Occidental y otros Estados”<sup>895</sup>

Adicionalmente, en la Cumbre Mundial de 2005 se le encomendaron dos labores más: el Examen Ministerial Anual y el Foro bienal sobre cooperación para el desarrollo. Con la primera labor se busca “evaluar los progresos realizados hacia la consecución de los objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente y establecidos en las principales conferencias y cumbres.”<sup>896</sup>

En virtud de la Resolución A/RES/68/1 de 2013 de la Asamblea General de las NNUU<sup>897</sup> el Ecosoc debe celebrar su período de sesiones sustantivo anualmente en julio (con una duración de cuatro semanas), estructurado en cuatro series de sesiones: (1) las de actividades operacionales para el desarrollo, (2) las de asuntos humanitarios (emergencias humanitarias), (3) las sesiones de alto nivel, (4) las de actividades operacionales, y (5) las de integración.

Dentro de las sesiones de alto nivel es en donde se realizan las reuniones ministeriales, que poco a poco han perdido el carácter de examen, además de que era voluntario, para convertirse en una actividad más dentro de la agenda del Foro Político de Alto Nivel sobre el Desarrollo Sostenible. Como resultado de la serie de sesiones se concluye con una *declaración ministerial* anual sobre algún tema específico, por ejemplo, en 2011 versó sobre la educación, en 2012, sobre capacidad productiva, empleo, trabajo decente para erradicar la pobreza, y con ocasión del vencimiento del

---

<sup>894</sup> Se pueden consultar casi todos los informes en <https://www.un.org/ecosoc/es/documents/reports-general-assembly>

<sup>895</sup> Información de Ecosoc en <https://www.un.org/ecosoc/es/node/49524#newfunctionecosoc> La composición actual se puede consultar en <https://www.un.org/ecosoc/es/content/members>

<sup>896</sup> Información extractada de <https://www.un.org/ecosoc/es/node/49524#newfunctionecosoc>

<sup>897</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Examen de la aplicación de la resolución 61/16 de la Asamblea General relativa al fortalecimiento del Consejo Económico y Social. Resolución A/RES/68/1”, del 20 de septiembre de 2013, en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/68/1>

plazo de los Objetivos de Desarrollo del Milenio en 2015, las últimas declaraciones se han enfocado en la transición de este mandato hacia el de Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Las declaraciones ministeriales proporcionan ‘orientación normativa y recomendaciones para mejorar la calidad y las repercusiones de la cooperación para el desarrollo’,<sup>898</sup> por tal razón, en el mediano plazo resultan ser mecanismos políticos de exigibilidad de derechos, tanto a nivel internacional como interno, pues son una excelente fuente de *soft law* para el derecho interno ya que son acordadas por ministros y altos representantes de los Estados y recogen una voluntad expresa de dirigir la política de un país en determinado sentido.

Por último, el Foro (bienal) sobre Cooperación para el Desarrollo sirve como un mecanismo, también político, para generar directrices sobre el rumbo de las actividades para el desarrollo. Con este se busca “aumentar la coherencia y la eficacia de las actividades ejecutadas por los diferentes asociados para el desarrollo. A través del análisis de las tendencias y los avances en materia de cooperación internacional para el desarrollo, el Foro debe facilitar orientación y recomendaciones normativas con el fin de mejorar la calidad y los efectos de la cooperación para el desarrollo.”<sup>899</sup>

Como se puede observar, el Ecosoc desarrolla una labor de coordinación de directrices políticas muy importante dentro del sistema universal de protección de derechos humanos, que genera en el largo plazo un impacto significativo en la forma en que se deberían construir las políticas de un Estado, pero debe tenerse presente que también se trata de una instancia muy especializada y lejos del ciudadano de a pie, por lo que es poco usual que se divulgue ampliamente lo que se decide en el seno del Ecosoc y en las diferentes reuniones.

Para no cerrar con un panorama completamente pesimista, se debe rescatar que los acuerdos a los que llegue en el marco de esta institución del sistema universal, pueden ser un excelente insumo para el control parlamentario a nivel interno en los diferentes Estados, pues el legislativo, o inclusive para el caso español el Defensor del Pueblo, podría a partir de ellos llevar a cabo interpelaciones al gobierno. En otras palabras, un mecanismo de exigibilidad política internacional bien utilizado podría reforzar uno, también político, de nivel nacional.

---

<sup>898</sup> Información extractada de <https://www.un.org/ecosoc/es/node/49524#newfunctionecosoc>

<sup>899</sup> Ibid.

iii. *Secretaría de las Naciones Unidas*

No se puede dejar de mencionar a la Secretaría General de las Naciones Unidas, que actúa en temas de derechos humanos tanto a través de su numeroso personal internacional<sup>900</sup>, como por medio de la *Oficina del Alto Comisionado de las NNUU para los Derechos Humanos*, que es, en sus propios términos, “el principal funcionario de derechos humanos de las Naciones Unidas.”<sup>901</sup>.

En el primer caso es debido a que la Asamblea General encomienda al Secretario General realizar diversos estudios y presentarle informes en el período ordinario de debates, como se indicó atrás, y sería imposible realizarlos sin la delegación respectiva. El Secretario General debe presentar informes tanto en materias administrativas y financieras de las Naciones Unidas, como en diversos temas de derechos humanos.<sup>902</sup> Para hacerlo cuenta con una amplia estructura de departamentos encargados de llevar a cabo diversas acciones según la materia y competencia territorial: en la sede de Nueva York se encuentran los siguientes departamentos y oficinas<sup>903</sup>:

- Oficina Ejecutiva del Secretario General
- Oficina de Servicios de Supervisión Interna (OSI)
- Oficina de Asuntos Jurídicos (OAJ)
- Departamento de Asuntos Políticos (DAP)
- Oficina de Asuntos de Desarme de las Naciones Unidas
- Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz (DOMP)
- Departamento de Apoyo a las Actividades sobre el Terreno (DAAT)
- Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA)

---

<sup>900</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Órganos principales”, en <http://www.un.org/es/sections/about-un/main-organs/>

<sup>901</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS (ACNUDH), “¿Quiénes somos?”, en <http://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/WhoWeAre.aspx>

<sup>902</sup> Para el período de xxx de sesiones (2017) se le encomendaron informes sobre los progresos en temas como: VIH/SIDA, resultados de las grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas en las esferas económica y social y esferas conexas, migración, alimentación y agricultura, alfabetización, prevención del extremismo violento, armonía interconfesional, financiación para el desarrollo, entre otros. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Lista preliminar anotada de temas que se incluirán en el programa provisional del septuagésimo segundo período ordinario de sesiones de la Asamblea General (documento A/72/100)”, en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/72/100>

<sup>903</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Secretaría”, en <http://www.un.org/es/sections/about-un/secretariat/>

- Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (DAES)
- Departamento de la Asamblea General y de Gestión de Conferencias (DAGGC)
- Departamento de Información Pública (DIP)
- Departamento de Seguridad (DS)
- Departamento de Gestión (DG)
- Órganos de justicia interna
- Otras oficinas
- Asesores, Representantes y Enviados especiales

Además, cuenta con las sedes de Nairobi (Oficina de las Naciones Unidas en Nairobi -ONUN), Viena (Oficina de las Naciones Unidas en Viena – ONUV y Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito - UNODC) y Ginebra. En esta última están la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra (ONUG), la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y la Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres. También cuenta con las Comisiones Regionales de las Naciones Unidas<sup>904</sup>:

- Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico (CESPAP) - Bangkok
- Comisión Económica y Social para Asia Occidental (CESPAO) - Beirut
- Comisión Económica para África (CEPA) - Addis Abeba
- Comisión Económica para Europa (CEE) - Ginebra
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) - Santiago

En el segundo caso, la labor y prioridades del Alto Comisionado consisten en: fortalecer los mecanismos internacionales de derechos humanos; fomentar la igualdad y luchar contra la discriminación; combatir la impunidad y reforzar la rendición de cuentas y el Estado de derecho; incorporar los derechos humanos a los planes de desarrollo y a la esfera económica; ampliar el ámbito democrático; y crear dispositivos de alerta temprana y protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto, violencia e

---

<sup>904</sup> *Ibid.*

inseguridad.<sup>905</sup>

Esta dependencia existe desde 1994, gracias a la Resolución 48/141 (A/RES/48/141) y el Alto Comisionado tiene la categoría de ‘Secretario General Adjunto’ (Resolución A/RES/48/141 Párr. 2.c), lo que permite observar su carácter político más que técnico. En la actualidad tiene sedes de Ginebra y Nueva York (Oficina de enlace), catorce oficinas en países y oficinas independientes, y trece oficinas o centros regionales en el mundo, esto permite dimensionar su impacto político.

Al reflexionar sobre el funcionamiento de la Secretaría General, es innegable la importancia política que tiene dentro del sistema de Naciones Unidas para la garantía política y semi-política de los derechos humanos y para su promoción, pero también es cierto que al revisar la ingente cantidad de materias que están a su cargo, cuando menos formalmente, se hace necesario pensar en mejores estrategias de seguimiento y racionalización del funcionamiento de su despacho pues se invierten grandes cantidades de recursos económicos y humanos, pero el avance y mejoramiento de las situaciones de derechos sociales, para el tema que interesa en el presente documento, no son tan notorios como se esperaría.

Luego de mencionar de manera general la estructura de la Secretaría General, y teniendo en cuenta que el Secretario General es la cara más visible de la ONU, es posible concluir que se trata quizás de la institución más política del sistema universal, y que su función con relación a la promoción y respeto de derechos es más de tipo instrumental que sustancial, pues sus esfuerzos se enfocan más en las cuestiones administrativas y de funcionamiento.

## *2) Órganos autorizados por algún órgano creado directamente por la Carta*

### *i. Consejo de Derechos Humanos*

Dentro de la categoría de órganos autorizados por alguno de los cuerpos creados directamente por la Carta, se debe destacar al Consejo de Derechos Humanos, instituido en 2006 por la Asamblea General (por ende es uno de sus órganos subsidiarios),

---

<sup>905</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS (ACNUDH), “¿Quiénes somos?”, en <http://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/WhoWeAre.aspx>

mediante Resolución A/RES/60/251, para reemplazar a la Comisión de Derechos Humanos. Este organismo, además de la función normativa mencionada atrás, tiene otras tres funciones muy importantes para el fortalecimiento de la promoción y la protección de los derechos humanos: el examen periódico universal, el conocimiento de denuncias y los procedimientos especiales<sup>906</sup>.

El *examen periódico universal*, es un mecanismo introducido en la misma Resolución 60/251, que consiste en la revisión de la situación de cumplimiento de derechos humanos por parte de todos los Estados miembro de NNUU cada cuatro años. El *mecanismo de denuncias*, cuyo antecedente es el Procedimiento 1503, está regulado en la Resolución 5/1 del 18 de junio de 2007 del Consejo de Derechos Humanos<sup>907</sup>, y es similar al de investigación confidencial llevado a cabo por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales explicado atrás, con la diferencia de que las materias de conocimiento son más amplias.

Por último se encuentran los *procedimientos especiales*, establecidos por el Consejo para enfrentar situaciones concretas en los países o por temáticas. Estos pueden estar integrados por una persona o por un grupo de personas. En el primer caso se hablará de “Relator Especial”, “Representante Especial del Secretario General”, “Representante del Secretario General” o “Experto Independiente”, mientras en el segundo, de “Grupo de Trabajo”. En la actualidad hay 43 mandatos temáticos y 13 mandatos por país.<sup>908</sup> Con relación a los Desc se encuentran los siguientes:

1. Relatora especial sobre la **vivienda adecuada** como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado.
2. Relatora Especial en la esfera de los **derechos culturales**.
3. Relator especial sobre el **derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas**.

<sup>906</sup> Información extractada de la página web del Consejo de Derechos Humanos <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/AboutCouncil.aspx>

<sup>907</sup> Consejo de Derechos Humanos, “Resolución 5/1: Construcción institucional”, párr. 85-109, en [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/SP/AMeetings/15thsession/5-1\\_Institution-building\\_o\\_UN\\_HRC\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/SP/AMeetings/15thsession/5-1_Institution-building_o_UN_HRC_sp.pdf) y <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/135/61/PDF/G0713561.pdf?OpenElement>

<sup>908</sup> Listado completo de mandatos de país en <http://spinternet.ohchr.org/Layouts/SpecialProceduresInternet/ViewAllCountryMandates.aspx> y de mandatos por temática en <http://spinternet.ohchr.org/Layouts/SpecialProceduresInternet/ViewAllCountryMandates.aspx?Type=TM>

4. Relator especial sobre el derecho a la **educación**.
5. Relatora especial sobre la **extrema pobreza y los derechos humanos**.
6. Relator especial sobre el derecho a la **alimentación**.
7. Relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de **salud** física y mental.
8. Relatora especial sobre el derecho humano al **agua** potable y el saneamiento.
9. Experto independiente sobre **las consecuencias de la deuda externa** y de las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales.
10. Relator especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un **medio ambiente** sin riesgos, limpio, saludable y sostenible.
11. Relator Especial sobre las repercusiones negativas de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos
12. Relator especial sobre el derecho al **desarrollo**.

Este listado no es excluyente, pues todos los derechos humanos se relacionan entre sí y no se deben abordar de manera separada, y de hecho, los informes de los y las relatoras especiales se suelen caracterizar por presentar las problemáticas de manera transversal, por ejemplo, el derecho al agua potable y al saneamiento está en conexión con la salud, pero también con la pobreza de las mujeres en áreas rurales que no cuentan este recurso y deben caminar varios kilómetros diariamente para conseguirla, con lo que al final de la jornada no tienen tiempo para escolarizarse ni trabajar<sup>909</sup>.

Teniendo en cuenta lo dicho en anteriores apartados es posible determinar que el Consejo de Derechos Humanos se caracteriza por funcionar a partir de garantías de tipo semi-jurisdiccional y semi-político. En el primer caso por la competencia que tiene en virtud del mecanismo de denuncias, en el segundo, por estar encargado del Examen Periódico Universal (EPU) y por ser responsable de establecer los mandatos temáticos y de país, que en consecuencia le implica ser el órgano político que mejor conocería la situación de derechos humanos en el mundo, aunque la cifra de 56 mandatos en total no

---

<sup>909</sup> Para ampliar información sobre este tema ver documento A/66/255, Informe del 3 de agosto de 2011 de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento.



parece muy razonable a la hora de confrontarla con los esfuerzos de racionalización de la ONU.

En todo caso, la información que se produce desde esta instancia, en especial desde el EPU, puede ser un gran medio para la acción política de los grupos de la sociedad civil a nivel interno en los diferentes Estados, tanto en el momento previo de confección del informe, como con posterioridad a su evaluación por parte del Consejo. Pero se debe recordar que la exigibilidad política también involucra a los poderes públicos, por lo que esta información debe ser tenida en cuenta por los órganos políticos tanto para emitir normas, como para la planificación y ejecución de las misma, así como por los jueces a la hora de emitir sus fallos.

ii. *Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

En el primer capítulo se indicó que los dos principales pactos internacionales de derechos humanos nacieron como una solución a las marcadas diferencias ideológicas entre los dos bloques de países más poderosos de las Naciones Unidas para la época de 1947, debido a que no fue posible dotar de fuerza vinculante a todo el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en bloque.

Esto generó en la práctica la conocida división de *generaciones* de derechos humanos, con las conocidas consecuencias adversas para la exigibilidad de los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; fue solo hasta 1993 con la Declaración y Programa de Acción de Viena que hubo un pronunciamiento político que desvirtuaba dicha separación y revitalizaba la interdependencia de todos los derechos:

“5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.”<sup>910</sup>

---

<sup>910</sup> CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS, *Declaración y Programa de Acción de*

Se debe tener presente que desde los inicios de su actividad, el Comité de Derechos Humanos entendió que pese a la separación de pactos, no existía una separación estanca de categorías y generó jurisprudencia para proteger derechos civiles y políticos y también derechos económicos, sociales y culturales<sup>911</sup>, aunque fuera desde sus aspectos de conexidad. El Comité de Derechos Humanos es el guardián del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en lo sucesivo PIDCP) y tiene 4 funciones principales:

- a) Recibir y examinar los informes de los Estados Partes (art. 40 PIDCP)
- b) Elaborar observaciones generales (art. 40 PIDCP)
- c) Recibir y examinar denuncias de los particulares (comunicaciones) por violaciones de sus derechos de parte de un Estado miembro del pacto (Protocolo Facultativo del PIDCP)
- d) Examinar comunicaciones interestatales por incumplimiento del Pacto (arts. 41 y 42 PIDCP)

#### **a) Revisión de informes**

La revisión de informes periódicos se puede catalogar como una garantía semi-política de escala supraestatal por el tipo de control que realiza el Comité de Derechos Humanos; además, teniendo en cuenta que este invita a participar también a la sociedad civil, bien sea a través de su intervención en la elaboración del informe estatal de sus respectivos países o de la elaboración de un informe paralelo,<sup>912</sup> se ponen en funcionamiento garantías sociales.

Al revisar el funcionamiento de este mecanismo de garantía se pueden evidenciar sus potencialidades y sus límites: el examen de un informe se revisa en 2 períodos de sesiones consecutivos del Comité, el Estado Parte remite su informe y se realiza un primer análisis en un período de sesiones por parte del grupo de tareas sobre informes de países (un grupo de 4 o 6 comisionados), que concluye con una *lista de cuestiones* que

---

Viena, 1993.

<sup>911</sup> Martin SCHEININ, “El Comité de Derechos Humanos: no solo un comité de derechos civiles y políticos”, en Malcolm Langford, edit., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales...*, Op. Cit., p. 765.

<sup>912</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Derechos Civiles y Políticos: el Comité de Derechos Humanos. Folleto informativo N° 15 (Rev. 1)”, en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15rev.1sp.pdf> p. 19-20.

se remite al Estado respectivo para que amplíe la información o solucione dudas del Comité:

“Con ayuda de la Secretaría del Comité, el grupo de tareas elabora una ‘lista de cuestiones’ que se derivan del informe en estudio y de otro tipo de información facilitada al Comité. En dicha lista se abordan los asuntos más importantes relativos al disfrute de los derechos enunciados en el Pacto en el Estado interesado y a menudo se pide información adicional sobre algunas cuestiones clave.”<sup>913</sup>

Posteriormente los Estados remiten la información solicitada, por lo general por escrito, para que en el siguiente período de sesiones se pueda llevar a cabo el diálogo directo con el Estado. Este proceso se realiza primero mediante una reunión privada con organismos especializados y otras entidades de las Naciones Unidas para recabar otra información sobre el Estado, luego con miembros de la sociedad civil para el mismo fin, y posteriormente se examina el informe en un diálogo público con la delegación del Estado Parte<sup>914</sup>. Una vez se ha facilitado información adicional al Comité y que se da por concluido el diálogo, el Comité procede a la redacción de unas observaciones finales sobre el informe. De acuerdo con las explicaciones de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos:

“Las observaciones finales consisten en comentarios consensuados sobre aspectos positivos y negativos de la aplicación del Pacto por el Estado Parte. Por lo general se dividen en las siguientes secciones: Introducción, Aspectos positivos, y Principales motivos de preocupación y recomendaciones. El grueso de las observaciones finales se dedica generalmente al último epígrafe, donde las cuestiones que preocupan al Comité van emparejadas con las recomendaciones de éste sobre medidas correctivas. El último párrafo fija la fecha en la que se debe presentar al Comité el siguiente informe periódico. Las observaciones finales tienen la doble función de ayudar a los Estados a preparar los informes futuros y al Comité a centrarse en las cuestiones más importantes en los diálogos futuros sobre los nuevos informes.”<sup>915</sup>

Como se puede observar, las recomendaciones finales son una herramienta invaluable para realizar un seguimiento a la situación de derechos humanos de un determinado país, sin embargo, el énfasis solo en determinadas materias que se hace en las observaciones finales, tanto para el cumplimiento y respeto de derechos como para el siguiente reporte, junto con el paso del tiempo, pueden convertirse en enemigos de la

---

<sup>913</sup> Íd., p. 21.

<sup>914</sup> *Ibid.*

<sup>915</sup> Íd., p. 22.

realización de derechos. Es indispensable entonces que las garantías sociales entren en juego, pues no se puede confiar exclusivamente en la *bondad de los gobiernos* para que las medidas correctivas sugeridas por el Comité sean adoptadas.

Es importante agregar que el Comité cuenta con un mecanismo de seguimiento para las cuestiones más apremiantes: el Relator Especial para el seguimiento de las observaciones finales<sup>916</sup>. Este tiene a su cargo la labor de evaluar la información que un Estado Parte le remita (en el plazo máximo de un año), sobre las medidas que ha adoptado para abordar las cuestiones de prioridad señaladas en las observaciones finales, junto con información de otras fuentes sobre el mismo tema, para presentar sus recomendaciones al Comité.<sup>917</sup>

Este último determina si se deben tomar o no nuevas medidas, dentro de las que se encuentran el cambio de la fecha de presentación del próximo informe, la solicitud de más información, o inclusive una nueva reunión con representantes del Estado. En caso de que el Estado incumpla con esta nueva decisión, el hecho se reporta en el informe anual del Comité a la Asamblea General<sup>918</sup>, aunque de acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: “Las reacciones iniciales de los Estados Partes al procedimiento de seguimiento en el proceso de presentación de informes han sido muy alentadoras”<sup>919</sup>, por lo que puede pensarse que el mecanismo de seguimiento ha solucionado en parte los problemas indicados atrás.

---

<sup>916</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Guía práctica para la sociedad civil. Seguimiento de las recomendaciones de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos”, en <http://www.ohchr.org/Documents/AboutUs/CivilSociety/HowtoFollowUNHRRRecommendationsSP.pdf> p. 34-35.

Explica la Oficina del Alto Comisionado que 5 órganos de tratado (de los 9 existentes en la actualidad) han adoptado oficialmente un mecanismo de seguimiento de las observaciones finales de los informes presentados por los Estados parte: “El Comité contra la Tortura, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité contra la Desaparición Forzada han adoptado procedimientos oficiales de seguimiento. En sus observaciones finales, estos cinco órganos piden a los Estados que, en el plazo de un año (dos en el caso del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer), informen sobre las medidas tomadas para responder a las recomendaciones o las ‘preocupaciones prioritarias’ que requieren una actuación rápida. Esos comités designan a un relator o coordinador para el seguimiento, que se encarga de evaluar los informes de seguimiento presentados por los Estados partes y de someterlos al comité correspondiente.”

<sup>917</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Derechos Civiles y Políticos: el Comité de Derechos Humanos. Folleto informativo N° 15 (Rev. 1)”, Op. Cit., p. 22.

<sup>918</sup> *Íd.*, p. 23.

<sup>919</sup> *Ibid.*

Por último, cabe señalar que en el Comité ha decidido que para el caso de los Estados Parte renuentes a presentar informes es procedente que de manera oficiosa, y a su criterio, realice una evaluación periódica sin que medie un informe, ni que esté presente la delegación de dicho Estado si fuese necesario, aunque sí se le informa la fecha de realización del examen.<sup>920</sup> Se desconoce si este mecanismo ha sido puesto en funcionamiento, pues dicha labor excede los objetivos del presente documento, pero por ejemplo al revisar la información de la República Popular Democrática de Corea (llamada comúnmente Corea del Norte)<sup>921</sup> se encuentra que el país solo presentó dos informes, uno en 1984 y el otro en el 2000, con un informe de seguimiento al listado de cuestiones en 2002 pero el Comité no ha hecho uso de dicha facultad, pese al reiterado incumplimiento del Estado.

Esta situación pone de manifiesto la debilidad del sistema de protección en casos de violación sistemática de derechos humanos, pues el mecanismo semi-político de control de cumplimiento del PIDCP ha demostrado ser completamente inútil en casos como el señalado, pese a que dicho Estado aceptó la jurisdicción del Comité. Solo resta reconocer un valor meramente diplomático al diálogo que eventualmente se puede producir con gobiernos totalitarios, como el de Kim Jong-un, pues pese a todo es importante que se mantenga su participación en el seno de la ONU para paliar enfrentamientos bélicos de gran escala.

## **b) Observaciones generales**

La otra función del Comité es la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la determinación del alcance de sus normas. Esta competencia surge en virtud del artículo 40 del Pacto, al establecer que este podrá transmitir a los Estados Parte “los comentarios generales que estime oportunos”. Estas interpretaciones pueden versar sobre cuestiones temáticas relacionadas con el articulado del PIDCP o sobre los métodos de trabajo del Comité.

Las observaciones generales, tanto del Comité de Derechos Humanos como de otros órganos de tratado, constituyen una guía sobre la forma de entender y en

---

<sup>920</sup> Íd., p. 24

<sup>921</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Estado de ratificación, presentación de informes y documentación para República Popular Democrática de Corea”, en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/TreatyBodyExternal/countries.aspx?CountryCode=PKR&Lang=SP](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/countries.aspx?CountryCode=PKR&Lang=SP)

consecuencia cumplir con las obligaciones internacionales de los Estados. De acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en lo sucesivo Oficina del Alto Comisionado): “[e]sta función permite al Comité adaptar el Pacto a las circunstancias modernas, ya que la interpretación y las percepciones del lenguaje y la práctica pueden haber evolucionado sustancialmente desde su aprobación. En este sentido, el Pacto es un instrumento vivo que guarda una relación tan directa con los problemas contemporáneos como la que tenía cuando fue aprobado.”<sup>922</sup>

He ahí la importancia de las observaciones generales, pues por una parte fijan el contexto de las expresiones del Pacto, que “están formuladas en términos generales que pueden interpretarse de diversas maneras”<sup>923</sup> a la vez que permiten entender los contenidos del Pacto a la luz de las circunstancias cambiantes, tanto para la aplicación de sus disposiciones, como para la labor de preparación de informes<sup>924</sup> con la que deben cumplir los Estados Parte. Hasta el momento existen 35 observaciones generales, que de la más reciente a la más antigua se distribuyen así:

Tabla 12  
Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos

Título	Publicación
Observación general N° 35: Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)	15 dic 2014
Observación general N° 34: Artículo 19 – Libertad de opinión y libertad de expresión	12 sep 2011
Observación general N° 33: Obligaciones de los Estados partes con arreglo al Protocolo Facultativo del PIDCP	25 jun 2009
Observación General N° 32: Derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia (Art. 14)	23 ago 2007
Observación general N° 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto	26 may 2004
Observación general N° 30: Obligación de presentar informes con arreglo al artículo 40 del Pacto	18 sep 2002
Observación general N° 29: Estados de emergencia (artículo 4)	31 ago 2001
Observación general N° 28: La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3)	29 mar 2000
Observación general N° 27: Libertad de circulación (art. 12)	01 nov 1999
Observación general N° 26: Continuidad de las obligaciones	08 dic 1997
Observación general N° 25: Derecho a participar en los asuntos públicos, derecho a votar y derecho al acceso, en condiciones de igualdad a las funciones públicas (art. 25)	27 ago 1996
Observación general N° 24: Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el art. 41	11 nov 1994
Observación general N° 23: Derechos de las minorías (art. 27)	26 abr 1994
Observación general N° 22: Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18)	27 sep 1993
Observación general N° 21: Trato humano de las personas privadas de libertad (art. 10) Sustituye a la OG N° 9 (Anexo VI, B)	13 mar 1993

<sup>922</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Derechos Civiles y Políticos: el Comité de Derechos Humanos. Folleto informativo N° 15 (Rev. 1)”, Op. Cit., p. 27.

<sup>923</sup> Ibid.

<sup>924</sup> Ibid.

Tabla 12  
Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos

Título	Publicación
Observación general N° 20: Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7)	30 sep 1992
Observación general N° 19: La familia (artículo 23)	27 jul 1990
Observación general N° 18: No discriminación	10 nov 1989
Observación general N° 17: Derechos del niño (artículo 24)	29 sep 1989
Observación general N° 16: Derecho a la intimidad (artículo 17)	28 sep 1988
Observación general N° 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto	30 sep 1986
Observación general N° 14: El derecho a la vida (art. 6)	01 ene 1985
Observación general N° 13: Administración de justicia (artículo 14)	13 abr 1984
Observación general N° 12: Derecho de libre determinación (artículo 1)	12 abr 1984
Observación general N° 11: Artículo 20	29 jul 1983
Observación general N° 10: Libertad de opinión (artículo 19)	28 jul 1983
Observación general N° 9: Trato humano de las personas privadas de su libertad (art. 10)	30 jul 1982
Observación general N° 8: Derecho a la libertad y a la seguridad personales (artículo 9)	30 jun 1982
Observación general N° 7: Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7) [sustituida por la Observación general N° 20]	30 may 1982
Observación general N° 6: Derecho a la vida (artículo 6)	30 abr 1982
Observación general N° 5: Suspensión de las obligaciones (art. 4)	31 jul 1981
Observación general N° 4: Derecho igual de hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos (art. 3)	30 jul 1981
Observación general N° 3: Aplicación del Pacto a nivel nacional (artículo 2) [sustituida por la Observación general N° 31]	29 jul 1981
Observación general N° 2: Orientaciones para presentar informes [sustituida por las directrices consolidadas para los informes de los estados presentados en virtud del pacto internacional de derechos civiles y políticos (CCPR/C/66/GUI)]	28 jul 1981
Observación general N° 1: Obligación de presentar informes [sustituida por la Observación general N° 30]	27 jul 1981

Fuente: Oficina del Alto Comisionado<sup>925</sup>

Luego de revisar los temas tratados por el Comité de Derechos Humanos en sus observaciones generales se observa que no tocan directamente derechos sociales pero sí podrían hacerlo con aspectos de su ejercicio tales como la no discriminación, el acceso a la justicia, las condiciones relacionadas con la vida (incluyendo la de personas privadas de la libertad), entre otros. Sin embargo, es en las comunicaciones individuales conocidas por este Comité en donde se verá que existe una conexión más estrecha con la protección de derechos sociales. Este tema será abordado en próximos acápites.

### c) Comunicaciones de particulares

El sistema de comunicaciones individuales fue creado en el Protocolo Facultativo del PIDCP y no directamente en el Pacto, con la particularidad de que ambos instrumentos son coetáneos, tanto en fecha de creación (16 de diciembre de 1966), como

<sup>925</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Observaciones Generales CCPR” en <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx>

en la fecha de entrada en vigor (23 de marzo de 1976).

Este mecanismo corresponde a una garantía semi-jurisdiccional, pues el Comité no es una ente jurisdiccional, pero su dictamen con relación a si existen o no violaciones de derechos en un caso tiene fuerza vinculante en virtud del principio *pacta sunt servanda*, aunque en últimas no cuente con mecanismos de coerción de las medidas ordenadas más allá del la vergüenza internacional. Pese a lo anterior, es importante resaltar que el Comité cuenta con un Relator Especial para el seguimiento de los dictámenes.

Las comunicaciones pueden ser presentadas por escrito, por cualquier persona que considere que se han vulnerado sus derechos civiles y políticos contenidos en el PIDCP, que se encuentre sujeta al ejercicio del poder de un Estado por conducto de sus autoridades, y siempre y cuando este haya aceptado la competencia del Comité en este sentido<sup>926</sup>. Este mecanismo implica el agotamiento previo de recursos en la esfera nacional por parte de la persona que denuncia, salvo si han existido demoras injustificadas, así como que el mismo caso no se encuentre ya en conocimiento de otra autoridad internacional.

Una vez se ha aceptado la comunicación el Estado denunciado tiene 6 meses para presentar sus explicaciones o declaraciones y las medidas que haya adoptado al respecto. Luego el Comité examina la situación y puede llegar a determinar si hubo o no la violación de algún derecho contenido en el Pacto. En caso de que considere que hubo tal vulneración recomendará poner el remedio que se ajuste a las condiciones del caso, bien puede tratarse de una indemnización, la enmienda o derogación de normas jurídicas o inclusive poner en libertad a una persona, entre otros.

Por último, el Relator Especial para el seguimiento de los dictámenes se encarga de comunicarse con las partes para llegar a una solución satisfactoria a la luz del dictamen del Comité<sup>927</sup>, pero “[c]uando la respuesta aportada por el Estado sobre las medidas adoptadas para aplicar las decisiones no es satisfactoria, o cuando no hay respuesta, el relator puede celebrar consultas con representantes del Estado parte interesado, generalmente diplomáticos de las misiones permanentes en Ginebra o Nueva

---

<sup>926</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Derechos Civiles y Políticos: el Comité de Derechos Humanos. Folleto informativo N° 15 (Rev. 1)”, Op. Cit., p. 12.

<sup>927</sup> *Id.*, p. 30.



York.”<sup>928</sup>

Ahora bien, en cuanto al contenido de los dictámenes, explica Martin Scheinin en su análisis de varias decisiones del Comité de Derechos Humanos relacionadas con la protección de derechos sociales, que:

“[e]l derecho de los miembros de las minorías a gozar de su propia cultura (artículo 27), los derechos sindicales a la libertad de asociación (artículo 22), los aspectos económicos y sociales del derecho a la vida (artículo 6) y las cuestiones relacionadas con la educación en lo que se refiere al derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 18) son solo unos pocos ejemplos de áreas en las que existe una jurisprudencia clara y un potencial más amplio para progresar en el respeto de los derechos económicos sociales y culturales.”<sup>929</sup>

Scheinin afirma lo anterior luego de analizar diferentes decisiones del Comité de Derechos Humanos en las que se puede ver con claridad la interrelación de derechos civiles y políticos con los sociales. Por ejemplo, el derecho a la seguridad social se protege en los casos *Broeks* (comunicación N° 172/1984) y *Zwann-de-Vries* (comunicación N° 182/1987), ambos contra Holanda, con base en la discriminación (art. 26 del PIDCP) que sufrieron las dos mujeres denunciante para acceder a los beneficios de desempleo, en razón de una ley que les exigía probar a las mujeres casadas que su trabajo constituía la principal fuente de ingresos de la familia, mientras que esto no se exigía a mujeres solteras, ni a hombres solteros o casados. El Comité indicó en estos casos que no estaba afirmando una protección al derecho a la seguridad social *per se*, pero que en los Estados en que esta se brindara, se lo debería hacer sin discriminación<sup>930</sup>.

También es importante mencionar que el Comité sostuvo que el derecho a la vivienda guarda estrecha relación con el derecho a la vida, pues la falta de hogar puede causar problemas de salud e incluso la muerte; además, este derecho se relaciona también con el derecho a la vida privada y personal, por lo que ha criticado severamente

---

<sup>928</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Guía práctica para la sociedad civil...”, p. 38-39.

Al igual que con el mecanismo de seguimiento de las observaciones finales, solo 4 órganos de tratado de los 9 cuentan con un procedimiento de seguimiento para los casos individuales: “Algunos órganos de tratados, en particular el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, han instituido procedimientos para vigilar la aplicación de sus decisiones. Esos procedimientos consisten en nombrar a un relator encargado del seguimiento de la aplicación de las decisiones.” (Íd., p. 38)

<sup>929</sup> Martin SCHEININ, “El Comité de Derechos Humanos...”, Op. Cit., p. 765-780.

<sup>930</sup> Íd., p. 766-767.

los desalojos forzados.<sup>931</sup>

Para determinar si durante los últimos 5 años hay o no jurisprudencia del Comité de Derechos que proteja de manera indirecta derechos sociales, y en especial si hay dictámenes en este sentido en comunicaciones individuales contra Colombia y España, se revisaron los últimos 5 informes presentados por dicha entidad a la Asamblea General de Naciones Unidas<sup>932</sup>, los documentos específicos en que se realiza el compendio anual de información relativa a cuestiones sobre los casos individuales para 2015 y 2016<sup>933</sup>, y por último, se seleccionaron dos casos relevantes para el período de 2017<sup>934</sup>. Para sistematizar la información encontrada se construyó la siguiente tabla:

Tabla 13  
Casos conocidos por el Comité de Derechos 2013-2017

Año	Casos
2013	<p>Caso N° 1303/2004 (Chiti c. Zambia) – derecho a la vida (art.6). Se vulneró porque el Estado no suministró al esposo de la autora los medicamentos necesarios ni el tratamiento médico para su cáncer de próstata, VIH, ni la alimentación adecuada (alta en proteínas) para su condición de salud. Esto teniendo presente que estaba privado de la libertad y había sido torturado. Párr. 186 Además hubo violación del art. 7 a la autora y su familia por “el sufrimiento y la perturbación provocados por la detención, las presuntas torturas, las malas condiciones de internamiento del esposo de la autora y el <u>desalojo de su vivienda</u>” (subrayado mío)</p> <p>Casos N° 1628/2007 (Pavlyuchenkov c. la Federación de Rusia) y N° 1863/2009 (Maharjan c. Nepal). Condiciones deplorables en centro de detención: no disponía de sistema de ventilación, alimentación adecuada o higiene apropiada; la persona debía permanecer en su celda en todo momento, sin posibilidad de realizar ejercicio al aire libre y que tenía que hacer sus comidas y utilizar el retrete en una habitación en</p>

<sup>931</sup> Íd., p. 774-775.

<sup>932</sup> Los informes del Comité de Derechos Humanos se encuentran bajo las siguientes nomenclaturas: A/68/40 (Vol. 1) (año 2013); A/69/40 (Vol. 1) (año 2014); A/70/40 (año 2015); A/71/40 (año 2016); y A/72/40 (año 2017). Estos documentos se pueden consultar en el Sistema de Archivo de Documentos de la ONU, en <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/home.xsp>

<sup>933</sup> Debido a la enorme carga de trabajo y al represamiento de comunicaciones individuales, el Comité de Derechos Humanos optó por reducir la información que incluye en los informes anuales a la Asamblea General de la ONU y también por no traducir algunos documentos, en consecuencia en 2015 y 2016 remitió a los documentos (solo en inglés) “Consideration by the Human Rights Committee at its 111th, 112th and 113th sessions of communications received under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights (N° CCPR/C/113/4)” y “Consideration by the Human Rights Committee at its 114th, 115th and 116th sessions of communications received under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights (N° CCPR/C/116/3)”, en <http://undocs.org/CCPR/C/113/4> y [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F116%2F3&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F116%2F3&Lang=en) respectivamente.

<sup>934</sup> Esto debido a que en el informe de 2017 (Documento A/72/40) no se hace la remisión que se hizo en los años anteriores pues no existe un documento consolidado que facilitaría la indagación para los períodos de sesiones 117, 118 y 119 del Comité de Derechos Humanos, y la revisión caso a caso no es uno de los objetivos del presente estudio, pero se encontró de una selección aleatoria que al menos dos casos resultan relevantes para una revisión general de la temática: Casos Nos. 2425/2014 (Siobhán Whelan v Irlanda) y 2242/2013 (“I Elpida” v Grecia), en [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/IRL/CCPR\\_C\\_119\\_D\\_2425\\_2014\\_25970\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/IRL/CCPR_C_119_D_2425_2014_25970_E.pdf) y [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f118%2fd%2f2242%2f2013&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f118%2fd%2f2242%2f2013&Lang=en) respectivamente.

Tabla 13  
Casos conocidos por el Comité de Derechos 2013-2017

Año	Casos
	condiciones de hacinamiento.
	Caso N° 2073/2011 (Naidenova y otros c. Bulgaria). El desalojo de los autores de sus viviendas violó su derecho del art. 17 del Pacto a no sufrir injerencias en la vida privada, la familia y el domicilio.
2014	<p>Caso N° 1955/2010 (Al-Gertani c. Bosnia y Herzegovina). Hubo injerencia indebida en la vida familiar, y se protegen derechos culturales de manera residual pues “la expulsión del autor impondría una situación extremadamente penosa a su familia. Si la esposa y los hijos menores del autor decidieran emigrar al Iraq a fin de evitar separarse de la familia, deberían <u>vivir en un país cuya cultura y lengua les eran ajenos.</u>” (subrayado mío)</p> <p>Caso N° 2102/2011 (Paadar y otros c. Finlandia). Se protege el derecho del pueblo sami a disfrutar de su propia cultura (con relación al pastoreo de renos).</p>
2015	<p>Caso No. 2091/2011 (A.H.G. c. Canadá). El autor llegó a Canadá a los 18 años y vivió ininterrumpidamente allí durante 31 años, hasta que lo deportaron a Jamaica en 2011. Sufre de esquizofrenia paranoide, por lo que debía tomar medicamentos continuamente, pero fue desalojado de su vivienda en 2005 y empezó a vivir en refugios, por lo que tuvo dificultades para tomar su medicación regularmente y experimentó episodios psicóticos; durante estos realizó un ataque con arma por lo que fue condenado y posteriormente considerado inadmisibles para permanecer en el país. El Comité consideró que se violó el artículo 7 del Pacto, pues la integridad de la persona también es mental; además fue alejado de apoyos médicos y familiares, siendo una persona que por su enfermedad mental necesitaba especial protección, además de que vivió la mayor parte de su vida en Canadá.</p> <p>Caso No. 1773/2008 (Kozulin v. Belarús). Se violó el art. 10 del Pacto (tratamiento durante privación de libertad) pues se le negó acceso a su abogado y atención médica independiente durante su huelga de hambre de 53 días.</p> <p>Caso No. 1972/2010 (Quliyev v. Azerbaiyán). Se violó el art. 10 del Pacto (tratamiento durante privación de libertad) pues el tamaño de las celdas es inadecuado, faltan oportunidades de trabajo, educación, orientación vocacional y deportes para quienes cumplen sentencia de prisión perpetua, y el contacto con sus familiares (visitas y llamadas) es reducido.</p> <p>Caso No. 2218/2012 (Abdullayev v. Turkmenistán). Se violó el art. 10 del Pacto (tratamiento durante privación de libertad) pues las condiciones de la prisión LBK-12 son deplorables, insalubres e inhumanas.</p> <p>Caso No. 1958/2010 (El Hojouj v. Libia). Se violó la intimidad personal y familiar, y el domicilio del autor, pues además del hostigamiento constante se interrumpía deliberadamente el suministro de electricidad, agua y teléfono de su domicilio.</p>
2016	<p>Caso No. 2324/2013 (<i>Mellet v. Irlanda</i>). La autora fue sujeto de intenso sufrimiento mental y físico debido a la prohibición legal de abortar en el país. No recibió cuidados médicos ni cobertura del sistema de salud irlandés, ni la información sobre tratamientos disponibles, por lo que tuvo que salir del país sola, a expensas suyas, para recibir el tratamiento necesario ya que su embarazo no era viable; además, el Estado se negó también a darle tratamiento post-aborto y de duelo que requería. El Comité consideró que sus derechos de los artículos 7 y 17 del Pacto fueron vulnerados.</p> <p>Caso No. 2234/2013 (<i>M.T. v. Uzbekistán</i>). La autora fue esterilizada sin su consentimiento, lo que vulneró su derecho contenido en el art. 7 del Pacto.</p> <p>Caso No. 2044/2011 (<i>T.V. and A.G. v. Uzbekistán</i>). La persona autora fue recluida de manera arbitraria e ilegal por 9 días en una clínica psiquiátrica por ejercer su derecho a quejarse (y con ello supuestamente alterar el trabajo del ‘Presidente del Cuarto Comité’).</p> <p>Caso No. 2409/2014 (<i>Ali et al v. Dinamarca</i>), la autora y su hijos menores de edad, uno de ellos recién nacido, sufrieron tratos crueles, inhumanos o degradantes a consecuencia de una deportación a Italia pero sin garantías de que allí recibirían la asistencia mínima requerida, lo que resultó en que quedaron en condición de indigencia, sin sustento y sin la atención médica requerida, en especial el recién nacido.</p> <p>Caso No. 2214/2012 (<i>Lumbala v. Republica Democrática del Congo</i>, se violó el derecho del art. 10 del Pacto, pues las condiciones de detención eran deplorables: el espacio de confinamiento era inadecuado e insalubre (los primeros días 12m<sup>2</sup>, luego de 3m<sup>2</sup>, y luego aún más pequeñas), no se le brindó alimento ni agua a la persona detenida durante los 2 primeros días, debía usar un balde compartido como sanitario, tampoco tuvo acceso a cuidados médicos durante la detención, salvo el último día, y la persona sufrió torturas.</p>

Tabla 13  
Casos conocidos por el Comité de Derechos 2013-2017

Año	Casos
	<p>Casos Nos. 2222/2012 (<i>Hudaybergenov v. Turkmenistán</i>) and 2223/2012 (<i>Japparow v. Turkmenistán</i>). En ambos casos hubo violación del art. 10 del Pacto pues las condiciones de la prisión LBK-12 son inadecuadas y las personas privadas de la libertad allí fueron sometidas a condiciones inhumanas, por ejemplo, una de ellas fue obligada a usar las duchas exteriores en invierno.</p> <p>Casos No. 2231/2012 (<i>Askarov v. Kirguistán</i>) y No. 2304/2013 (<i>Mukhtar v. Kazakstán</i>), se violó el art. 10 del Pacto pues los autores no obtuvieron el tratamiento médico que requerían para su estado de salud durante su detención.</p>
2017	<p>Caso No. 2425/2014 (<i>Siobhán Whelan v Irlanda</i>). A la autora se le negó el acceso al tratamiento médico requerido pues está prohibido abortar en el país. Se usan criterios de decisión similares a los del caso No. 2324/2013 (<i>Mellet v. Irlanda</i>).</p> <p>Caso No. 2242/2013 (“<i>I Elpida</i>” v Grecia). Desalojo forzoso y demolición de viviendas de la comunidad romaní. Injerencia ilegal y arbitraria en el domicilio y la familia de la persona; discriminación por motivos de origen étnico.</p>
Fuente: Comité de Derechos Humanos Elaboración propia	

Como se puede observar, no es abundante la jurisprudencia del Comité de Derechos que protege por conexidad derechos sociales, sin embargo, si constituye la reafirmación de que los derechos están interrelacionados y que la vulneración de un derecho civil o político puede implicar también la de un derecho social y viceversa.

Los casos más recurrentes en el período revisado fueron los relacionados con las condiciones de vida y hábitat deplorables de las personas privadas de la libertad, lo que implica no solo vulneración a su integridad personal, sino también a su derecho a la vivienda, la alimentación, la salud, el trabajo, entre otros, aunque el Comité de Derechos Humanos sea cauto y no lo diga explícitamente ya que se limita a argumentar sus dictámenes a partir de los derechos contenidos en el PIDCP.

La segunda recurrencia es visible en el tema de las injerencias indebidas en la vida personal y familiar con desalojos forzosos y situaciones de acoso, que además constituyen violaciones al derecho a la vivienda; por último, se debe mencionar que en el caso de los Sami (Caso N° 2102/2011 Paadar y otros c. Finlandia) se declaró la vulneración de derechos culturales, protegidos tanto por el PIDCP como por el PIDESC, pero también es evidente una relación con el derecho al trabajo y la alimentación, aunque el Comité no lo haya expresado de esta forma.

Ahora bien, la revisión general de jurisprudencia del Comité permitió observar que en los casos de Colombia y España no hubo comunicaciones individuales en las que se involucraran también derechos sociales. A continuación se presenta la tabla N° 14, en la que se compendian los resultados.

Tabla 14

**Comunicaciones individuales al Comité de Derechos Humanos que involucran protección indirecta de derechos sociales contra Colombia y contra España 2013-2017**

Informe del Comité y período	Colombia	España
A/72/40 31 de marzo de 2016 - 29 de marzo de 2017, períodos de sesiones 117º, 118º y 119º	No hubo	No hubo
A/71/40 3 de abril de 2015 - 31 de marzo de 2016, períodos de sesiones 114º, 115º y 116º	Caso No. 2134/2012 ( <i>Serna y otros v. Colombia</i> ) – falta de investigación efectiva, desaparición forzosa.	No hubo
A/70/40 30 de marzo de 2014 - 2 de abril de 2015, períodos de sesiones 111º, 112º y 113º	No hubo	Caso No. 2008/2010 (Aarras c. España) – extradición y tratos crueles, inhumanos o degradantes.
A/69/40 30 de marzo de 2013 - 30 de marzo de 2014 períodos de sesiones 108º, 109º y 110º	No hubo	No hubo
A/68/40 30 de marzo de 2012 - 30 de marzo de 2013, períodos de sesiones 105º, 106º y 107º	2 caso inadmitidos: 1826/2008 (J. B. R. y otros c. Colombia), 1904/2009 (D. T. T. c. Colombia)	Caso N° 1945/2010 (Achabal c. España) – tortura, violación debido proceso, falta de recurso efectivo.
Fuente: Comité de Derechos Humanos Elaboración propia		

En general, tanto Colombia como España solo han tenido un par de casos adversos en los últimos años de los varios que reposan para conocimiento del Comité de Derechos Humanos, se puede suponer de manera razonable que ello se debe a que ambos están sujetos a la jurisdicción de la Corte Interamericana en el primer caso y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el segundo, por lo que solo unos cuantos casos de países como los mencionados llegarían a conocimiento del sistema de las Naciones Unidas por esta vía.

Para finalizar, solo resta agregar unas líneas con relación al número de casos conocidos por este organismo y los que se encuentran represados. El propio Comité señala<sup>935</sup> que el estado de las 2.970 (aprox.) comunicaciones registradas en total, desde la entrada en funcionamiento de la entidad hasta el 31 de diciembre de 2016, es el siguiente:

a) Examen terminado con la aprobación de un dictamen a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo: 1.200, en 994 de las cuales se determinó la

<sup>935</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Informe del Comité de Derechos Humanos N° A/72/40 (2017)”, en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/163/23/pdf/G1716323.pdf?OpenElement> Párr. 24, p. 4.

existencia de violaciones del Pacto;

- b) Comunicaciones declaradas inadmisibles: 679;
- c) Comunicaciones archivadas o retiradas: 395;
- d) Comunicaciones cuyo examen no ha terminado: 542.

Lo anterior implica que el Comité encontró violaciones de derechos en el 82.83% (aprox.) de los casos conocidos y finalizados hasta el 31 de diciembre de 2016 (literal a), pero no se debe perder de vista que este organismo enfrenta un serio problema de represamiento, pues hasta el 31 de diciembre de 2016 tenía 599 casos pendientes, su capacidad de procesamiento es de alrededor de 100 casos por año y suele recibir aproximadamente entre 100 y 200 casos nuevos cada año, como se puede apreciar en la tabla N° 15.

Tabla 15  
Comunicaciones examinadas entre 2010 y el 31 de diciembre de 2016

<i>Año</i>	<i>Nuevos casos registrados</i>	<i>Casos terminados <sup>a</sup></i>	<i>Casos pendientes al 31 de diciembre</i>
2016	211	113	599
2015	196	101	532
2014	191	124	456
2013	93	72	379
2012	102	99	355
2011	106	188	352
2010	96	94	434

<sup>a</sup> Número total de casos que han sido objeto de una decisión (dictámenes, decisiones de inadmisibilidad y decisiones de cesación de las actuaciones).

Fuente: Comité de Derechos Humanos<sup>936</sup>

No se trata de una preocupación reciente, de hecho, el Comité en sus últimos informes ha reiterado su inquietud por la capacidad de la Secretaría para tramitar comunicaciones individuales<sup>937</sup>; de igual forma, la ex Alta Comisionada para los Derechos Humanos Navi Pillay en el informe “Reforma de las Naciones Unidas: medidas y propuestas (A/66/860)”<sup>938</sup>, indicó que la falta de tiempo asignado a las reuniones para revisar los numerosos informes de los Estados partes y las

<sup>936</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Informe del Comité de Derechos Humanos N° A/72/40 (2017)”, en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/163/23/pdf/G1716323.pdf?OpenElement>

<sup>937</sup> Íd., p. 5. Ver en especial los párrafos 28 y 42.

<sup>938</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Reforma de las Naciones Unidas: medidas y propuestas (A/66/860)”, en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/391/49/PDF/N1239149.pdf?OpenElement>

comunicaciones individuales, la acumulación de trabajo, la escasez de tiempo para traducir los documentos y la falta de personal de la OACDH, son motivos de descontento compartidos por casi todos los órganos de tratado.

Esto pone de manifiesto una de las debilidades más graves del sistema universal de protección de derechos, pues además de no contar con mecanismos coercitivos que refuercen su labor, en especial cuando se trata de garantías semi-jurisdiccionales, están viviendo un significativo represamiento de casos y sobrecarga de trabajo. Pese a lo anterior se debe reconocer que la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos es una herramienta invaluable no solo para que las víctimas de violaciones de derechos encuentren algún tipo de reparación, sino también para desmentir los argumentos de que los derechos sociales no son exigibles, pues como se indicó en líneas generales, varias decisiones de esta entidad han protegido, aunque sea de manera indirecta, derechos sociales.

#### **d) Comunicaciones interestatales**

La última competencia que tiene el Comité de Derechos Humanos es la de conocer una denuncia interpuesta por un Estado parte contra otro por incumplir sus obligaciones emanadas del PIDCP. En los artículos 41 a 43 del Pacto se establece este mecanismo, con la salvedad de que ambos Estados deben haber reconocido la competencia del Comité para recibir y examinar este tipo de denuncias; el mecanismo no ha funcionado nunca<sup>939</sup>, y hasta el momento solo 51 Estados, incluido España pero no Colombia, han hecho el reconocimiento de competencia señalado<sup>940</sup>.

Aunque el mecanismo no ha sido puesto en funcionamiento resulta relevante mantener esta competencia, pues de acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado, es la cristalización del principio de multilateralidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos, pues no se trata solo de un cumplimiento que interese a los órganos de Naciones Unidas, sino que el cumplimiento de derechos es un asunto de interés de todos los Estados que hacen parte de los diferentes tratados de derechos humanos.<sup>941</sup>

---

<sup>939</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Human Rights Bodies - Complaints Procedures (Inter-State Complaints)” en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx#interstate>

<sup>940</sup> NACIONES UNIDAS, “Treaty Collection (4. International Covenant on Civil and Political Rights/ Declarations recognizing the competence of the Human Rights Committee under article 41)”, en [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&clang=en#7](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=en#7)

<sup>941</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS



Por tal razón, el procedimiento se inicia precisamente con la indicación del presunto incumplimiento por parte del Estado denunciante al denunciado, y este último debe responder por escrito con explicaciones o aclaraciones en el plazo de 3 meses. Si no hay una resolución satisfactoria para ambas partes, cualquiera de ellas puede presentar el asunto a conocimiento del Comité durante los siguientes 6 meses. Éste avocará conocimiento una vez se haya cerciorado, en un plazo razonable, de que se han agotado sin éxito los recursos de la jurisdicción interna.

En un primer momento fungirá como mediador para llegar a una solución amistosa, pero si no es posible, se continúa el procedimiento designando a la *comisión especial de conciliación* compuesta por 5 personas, que no serán nacionales de los Estados Partes interesados, de ningún Estado que no sea parte en el Pacto, ni de ningún Estado Parte que no haya hecho la declaración prevista en el artículo 41 (art. 42.2 PIDCP). Esta comisión examinará los hechos y presentará, en el plazo máximo de 12 meses, el informe respectivo al Presidente/a del Comité, quien a su vez se lo hará conocer a los Estados en controversia.

El informe en este caso debe incluir, de acuerdo con el artículo 42.7.c) del PIDCP, las conclusiones “sobre todas las cuestiones de hecho pertinentes al asunto planteado entre los Estados Partes interesados, y sus observaciones acerca de las posibilidades de solución amistosa del asunto; dicho informe contendrá también las exposiciones escritas y una reseña de las exposiciones orales hechas por los Estados Partes interesados”. Así, los Estados en controversia deben notificar al Presidente/a del Comité de Derechos Humanos si aceptan o no los términos del informe de la *comisión especial de conciliación* (art. 42.7.d.).

El PIDCP no indica qué ocurriría en caso de que las partes no acepten los términos del informe por lo que se debería acudir a las indicaciones del art. 36.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de acuerdo con las cuales los Estados partes de dicho Estatuto podrán reconocer “como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre: ... b. cualquier cuestión de derecho internacional”. Pero como se indicó atrás, hasta el momento este mecanismo nunca ha sido puesto en funcionamiento, ni en el caso del Comité de

---

HUMANOS, “Derechos Civiles y Políticos: el Comité de Derechos Humanos. Folleto informativo N° 15 (Rev. 1)”, Op. Cit., p. 30.



Derechos Humanos, ni en el de otros órganos de tratado, pues los Estados prefieren solucionar sus desavenencias por vías diplomáticas.

Una vez visto a grandes rasgos el funcionamiento del Comité de Derechos Humanos y su relación con la protección de derechos sociales, aún cuando sea por conexidad o indirectamente, es necesario, e ineludible, analizar a continuación el funcionamiento del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

### *iii. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del PIDESC*

Este organismo funciona de manera similar a como lo hace el Comité de Derechos Humanos y los otros órganos de tratado, tiene un grupo de funciones principales, unas basadas en las técnicas de control del derecho internacional de los derechos humanos, y otras en las técnicas de responsabilidad de los Estados Parte. A diferencia del Comité de Derechos Humanos, el Comité Desc no surgió del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, sino de una decisión del Ecosoc del 28 de mayo de 1985 con la resolución N° 1985/17, “a raíz de la defectuosa actuación de dos órganos a los que se había encomendado anteriormente la vigilancia del Pacto”<sup>942</sup>. Su primer período de sesiones como *Comité* se dio entre el 9 y el 27 de marzo de 1987, casi dos años después de su creación.

Otra diferencia en el origen de este comité se encuentra en el hecho de que fue solo hasta el año 2008 cuando con la creación del Protocolo Facultativo al PIDESC se le dieron facultades de conocer comunicaciones interestatales e individuales, y se le otorga una facultad relativamente novedosa de investigar violaciones graves o sistemáticas de derechos sociales, económicos y culturales, pero debe tenerse presente que solo desde 2013, fecha en que entró en vigor dicho instrumento, es posible hacer uso de estos mecanismos. En la tabla N° 16 se pueden observar las fechas más importantes en el funcionamiento del Comité Desc y del Comité de Derechos Humanos:

---

<sup>942</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Folleto informativo N° 16 (Rev. 1)”, en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet16rev.lsp.pdf>, p. 18.

Tabla 16 Fechas más relevantes en el funcionamiento de los Comités Desc y de Derechos Humanos		
	Comité Desc	Comité DDHH
<b>Fecha tratado de creación</b>	16 de diciembre de 1966	16 de diciembre de 1966
<b>Entrada en vigencia tratado</b>	3 de enero de 1976	23 de marzo de 1976
<b>Fecha creación de Comité</b>	28 de mayo de 1985 con la Resolución N° 1985/17 del Ecosoc	16 de diciembre de 1966 (art. 28 PIDCP)
<b>Entrada en funcionamiento Comité</b>	Se reunió por primera vez en 1987.	28 de marzo de 1979
<b>Fecha creación Protocolo Facultativo<sup>943</sup></b>	10 de diciembre de 2008	16 de diciembre de 1966
<b>Entrada en vigencia Protocolo Facultativo</b>	5 Mayo de 2013	23 de marzo de 1976
Fuente: Comité Desc Elaboración propia		

Es visible a partir de la información presentada que el Comité Desc pese a ser coetáneo con el Comité de Derechos Humanos, tiene casi una década de retraso en su funcionamiento en cuanto a la revisión de informes y emisión de observaciones generales, y casi cuatro décadas en el conocimiento de peticiones individuales, esto es consistente con la desconfianza de los Estados en los derechos sociales y los ataques a su exigibilidad, inclusive desde círculos académicos, prácticamente desde el momento de su “nacimiento”, pero por otra parte, la entrada en vigencia del Protocolo Facultativo en 2013, sirve como un argumento más a favor de su verdadera naturaleza de derechos y de que sí existen mecanismos para hacerlos exigibles.

Es importante resaltar que el Comité Desc ha realizado su labor tomando en cuenta los trabajos realizados por otros órganos de tratado y agencias especializadas de Naciones Unidas, superando de esta forma, aunque sea parcialmente, las críticas a la duplicación de esfuerzos de estos organismos. De esta forma:

“Este Comité realiza su labor basándose en muchas fuentes de información, entre ellas informes presentados por los Estados Partes e información suministrada por organismos especializados de las Naciones Unidas tales como la Organización Internacional del Trabajo, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la Organización Mundial de la Salud, la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, el Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (Hábitat) y otras. Además recibe información de organizaciones no gubernamentales y organizaciones comunitarias de base que actúan en los Estados que han ratificado el Pacto, de organizaciones internacionales de derechos

<sup>943</sup> Se debe tener presente que en el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se trata del primer protocolo facultativo, no se incluye el segundo referido exclusivamente a la abolición de la pena de muerte del 15 de diciembre de 1989 y que entró en vigencia el 11 de julio de 1991.

humanos y otras organizaciones no gubernamentales y de otros órganos de las Naciones Unidas creados mediante tratados, además de acudir a la literatura de conocimiento público.”<sup>944</sup>

Es de suponer que esta estrategia es una forma de respuesta a la falta de reconocimiento y compromiso de los Estados en el cumplimiento efectivo de los Desc, debido a factores como los indicados en el primer capítulo cuando se habló de la naturaleza jurídica de estos derechos y de las falacias esgrimidas a la hora de hablar de su exigibilidad. ¿Será acaso más efectivo que las agencias especializadas y otros entes de Naciones Unidas trabajen los derechos sociales desde el discurso de la lucha contra la pobreza? Responder a esta pregunta rebasa el objeto de investigación del presente documento, pero su análisis a futuro permitirá contrastar en la práctica la efectividad de los esfuerzos de los Estados y la cooperación internacional.

Para continuar con la temática propuesta se presenta a continuación el panorama general de las atribuciones del Comité Desc, comenzando con el examen de los informes periódicos de los Estados partes, para continuar con la emisión de observaciones generales y por último, con la facultad más reciente, el conocimiento de denuncias individuales, interestatales y la investigación de violaciones graves o sistemáticas de Desc.

#### **a) Recibir y examinar los informes de los Estados Partes (arts. 16 y 17 PIDESC)**

De acuerdo con los artículos 16 y 17 del PIDESC los Estados Parte deben presentar informes periódicos al Comité indicando las medidas legislativas, judiciales, de política y de otra índole que hayan adoptado para realizar los derechos sociales en su territorio. La presentación de informes es un mecanismo de garantía de tipo semi-político, pues el Comité solo supervisa el cumplimiento del PIDESC de manera general, sin entrar a evaluar casos individuales. Esto implica que la presentación de informes sirva más como una oportunidad de diálogo entre el organismo técnico y los Estados, en aras de brindarles en muchos casos asesoría y orientación, necesarios para mejorar el cumplimiento de los Desc o evitar futuras vulneraciones de estos.

---

<sup>944</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Folleto informativo N° 16 (Rev. 1)”, Op. Cit., p. 4.

De acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado, el Comité Desc desarrolló en la Observación General N° 1 de 1989 los objetivos de la presentación de informes<sup>945</sup>, que pueden señalarse de la siguiente forma:

1. Asegurar que los Estados Parte revisen toda su normativa jurídica y las prácticas nacionales, y las ajusten a las disposiciones del PIDESC.
2. Garantizar que los Estados Parte vigilen la situación real de cada uno de los derechos para evaluar su nivel de disfrute.
3. Proporcionar una base para la elaboración de políticas acordes con el PIDESC.
4. Facilitar el examen público de las políticas de gobierno y fomentar la participación de la sociedad civil en su formulación, aplicación y revisión.
5. Contar con una base que le permita a los gobiernos y al propio Comité evaluar los progresos en el cumplimiento de Desc.
6. Permitir que los propios gobiernos comprendan las dificultades y limitaciones en la realización de los Desc en su territorio.
7. Facilitar el intercambio de información entre Estados Parte y ayudarles a comprender los problemas comunes y las posibles soluciones.

De forma similar al procedimiento del Comité de Derechos Humanos, una vez recibidos los informes de los Estados Parte, y 6 meses antes de la reunión en pleno del Comité, un grupo de comisionados, denominado Grupo de Trabajo anterior al período de sesiones, procede a examinarlos de manera preliminar para elaborar listas escritas de preguntas basadas en las disparidades encontradas en los informes y luego remitirlas a los Estados Parte para que las respondan antes de comparecer. El Grupo de Trabajo se divide la elaboración de listas con base en dos criterios: área de experiencia y geografía; este último criterio permite dividir el trabajo entre *relatores de país*, quienes serán los encargados de realizar un borrador que luego será alimentado con las observaciones de los demás miembros del grupo de trabajo para presentar en conjunto la versión final.<sup>946</sup>

---

<sup>945</sup> Íd., p. 19.

<sup>946</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, "Committee on Economic, Social and Cultural Rights/ Working Methods", en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/WorkingMethods.aspx> Párr. 25.

Luego del proceso de examen por parte del Comité Desc, este se pronuncia con la publicación de sus *observaciones finales* en las que señala cuál es la situación del PIDESC en ese Estado y además de indicar los aspectos positivos, los factores y dificultades que obstaculizan la aplicación del Pacto, y sus principales preocupaciones, incluye sugerencias y recomendaciones al Estado.<sup>947</sup>

Los informes son entonces una guía a los Estados Parte sobre cómo mejorar la situación de derechos sociales en su territorio, y con base en el principio de buena fe, se espera que estos tomen en consideración las medidas sugeridas por el Comité. Al igual que cuando se habló de la labor del Comité de Derechos Humanos, el cumplimiento de las observaciones finales es una de las debilidades del sistema de supervisión, pues no existe un mecanismo que refuerce su cumplimiento, ni sanciones a los Estados Parte; a diferencia del Comité de Derechos Humanos, el Comité Desc no cuenta con la figura del relator de seguimiento<sup>948</sup>, sin embargo, el seguimiento a sus recomendaciones lo realizan los relatores para los países de acuerdo con los países para los cuales han actuado “como relatores en el intervalo entre períodos de sesiones hasta la próxima vez que deban comparecer ante el Comité”,<sup>949</sup>.

## **b) Observaciones generales**

El Comité Desc es el órgano de tratado experto para pronunciarse sobre el sentido de las disposiciones del PIDESC, debido a que estas son de carácter general y amplio, característica que comparte con el PIDCP, y se requiere dotarlas de sentido de acuerdo con situaciones particulares y con el paso del tiempo. A diferencia del Comité de Derechos Humanos, esta facultad no nace del texto del instrumento internacional, sino de la práctica de los órganos de tratado, razón por la cual el Comité decidió empezar con esta labor en su tercer período de sesiones en 1989, así lo indicó en su

---

<sup>947</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Folleto informativo N° 16 (Rev. 1)”, Op. Cit., p. 21.

<sup>948</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, “Follow-Up to Concluding Observations” en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/FollowUpProcedure.aspx> La Oficina del Alto Comisionado explica que solo 6 órganos de tratado implementaron este procedimiento, que debe realizarse por escrito: Comité de Derechos Humanos, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comité para la Prevención de la Tortura, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Comité sobre las Desapariciones Forzadas.

<sup>949</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS “Panorama general de los procedimientos de seguimiento (HRI/ICM/2009/6 – 10 nov. 2009)”, en [http://www2.ohchr.org/english/bodies/icm-mc/docs/10th/HRI.ICM.2009.6\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/icm-mc/docs/10th/HRI.ICM.2009.6_sp.pdf) párr. 7, p. 3.

informe al Ecosoc:

“En su segundo período de sesiones, celebrado en 1988, el Comité decidió (E/1988/14, párrs. 366 y 367), de conformidad con la invitación que le había dirigido el Consejo Económico y Social (resolución 1987/5), y que había hecho suya la Asamblea General (resolución 42/102), comenzar, a partir de su tercer período de sesiones, la preparación de observaciones generales sobre la base de los diversos artículos y disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con miras a prestar asistencia a los Estados Partes en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de presentación de informes.”<sup>950</sup>

Esta facultad del Comité Desc tiene como una de sus finalidades promover la aplicación del Pacto por los Estados Parte a partir de la clarificación del sentido de las normas y de la fijación de sus alcances. Hasta el momento el Comité ha emitido 24 observaciones generales, como se indica en la tabla a continuación:

Ilustración 12
Observaciones Generales del Comité Desc
Nº 1. Presentación de informes por los Estados Partes - 1989
Nº 2. Medidas internacionales de asistencia técnica (artículo 22) - 1990
Nº 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 artículo 2) - 1990
Nº 4. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 artículo 11) - 1991
Nº 5. Las personas con discapacidad - 1994
Nº 6. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores - 1995
Nº 7. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11): los desalojos forzados - 1997
Nº 8. Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales - 1997
Nº 9. La aplicación interna del Pacto - 1998
Nº 10. La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales - 1998
Nº 11. Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14) - 1999
Nº 12. El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11) - 1999
Nº 13. El derecho a la educación (artículo 13) - 1999
Nº 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12) - 2000
Nº 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12) - 2002
Nº 16. La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3) - 2005
Nº 17. El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15) - 2005

<sup>950</sup> COMITE DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “Informe sobre el tercer periodo de sesiones (6 a 24 de febrero de 1989)”, Anexo III, p. 101, en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G89/178/22/pdf/G8917822.pdf?OpenElement>

Ilustración 12
Observaciones Generales del Comité Desc
Nº 18. El derecho al trabajo (artículo 6) - 2005
Nº 19. El derecho a la seguridad social (artículo 9) - 2007
Nº 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2) - 2009
Nº 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a) - 2009
Nº 22. Derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12) - 2016
Nº 23. Derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7) - 2016
Nº 24. Obligaciones de los Estados bajo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades de negocios - 2017
Fuente: Oficina del Alto Comisionado <sup>951</sup> Elaboración propia

Indica Jordi Bonet<sup>952</sup> que los dos grandes temas que ha trabajado el Comité Desc son la existencia de obligaciones mínimas de los Estados respecto a los Desc y la no regresividad. En el primer caso destaca las observaciones generales Nº 3 (1990) y Nº 14 (2000), de acuerdo con las cuales existe un nivel mínimo de obligaciones estatales, y en consecuencia de contenidos de cada derecho, que debe ser cumplido por todos los Estados Parte. Esto facilita 3 situaciones<sup>953</sup>: contar con unos “parámetros jurídicos mínimamente uniformes y a la vez universales”<sup>954</sup>, focalizar los esfuerzos institucionales nacionales y los de cooperación y asistencia técnica, y por último, identificar con claridad las obligaciones básicas de los Estados, lo que permite a la vez reforzar la exigibilidad del mecanismo de comunicaciones del Comité Desc y de los Desc a nivel interno.

En el segundo caso, también con la observación general Nº 3, se establece que a las obligaciones mínimas (en especial positivas), debe agregarse la obligación negativa de no regresividad. Esta implica en términos generales que los Estados demuestren que una medida regresiva está justificada y no afecta las obligaciones mínimas. Este tema se verá con mayor detalle más adelante.

Para terminar este apartado es relevante indicar que las observaciones generales desempeñan un rol importante para la función de revisión de informes del Comité Desc,

<sup>951</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, “Treaty Body Database”, en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11)

<sup>952</sup> Jordi BONET PÉREZ, “Introducción general: presupuestos y dinamismo evolutivo de la exigibilidad jurídica internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, Op. Cit., p. 46-50.

<sup>953</sup> Íd., p. 47

<sup>954</sup> Ibid.

pues como explican Langford y King<sup>955</sup>, la calidad de las observaciones finales sobre un derecho en particular aumenta si ya había un pronunciamiento sobre el mismo en una observación general. Esta función entonces redundaría no solo en beneficio del cumplimiento de los derechos sociales por los Estados, sino también en la labor misma del Comité.

### **c) Procedimientos internacionales de protección**

Como se indicó atrás, el Comité Desc en comparación con el Comité de Derechos Humanos tiene un retraso de alrededor de cuatro décadas en el ejercicio de funciones de control cuasi-contencioso del PIDESC, por fortuna esta situación cambió y desde 2013 es posible que este organismo realice funciones de control internacional. El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé 3 tipos de mecanismos: las comunicaciones individuales, las comunicaciones interestatales y la investigación de violaciones graves o sistemáticas de derechos económicos, sociales y culturales<sup>956</sup>. Estos mecanismos serán revisados a continuación.

#### **i) Comunicaciones individuales**

De acuerdo con el artículo 2 del Protocolo del PIDESC, cualquier persona o grupo de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado parte y que consideren que este ha vulnerado sus derechos económicos, sociales y culturales, pueden presentar una comunicación al Comité Desc. El procedimiento es similar al de las comunicaciones del Comité de Derechos Humanos, por lo que una vez recibida la comunicación, y hasta la adopción de una decisión sobre el fondo, proseguiría una etapa de solución amistosa, pero solo si alguna de las partes realiza la petición, así lo establece el artículo 15 del reglamento provisional<sup>957</sup>.

---

<sup>955</sup> Malcolm LANGFORD y Jeff A. KING, “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: pasado, presente y futuro”, en Malcolm Langford, edit., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales...*, Op. Cit., p. 685.

<sup>956</sup> La investigación sobre violaciones graves es una función que solo tienen además el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité contra la Tortura, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad y el Comité sobre las desapariciones forzadas.

<sup>957</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “Reglamento provisional en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales



Como se acostumbra en los procedimientos cuasi-contenciosos, y en los jurisdiccionales, se prevé en el artículo 5 del Protocolo la posibilidad de que el Comité dirija al Estado una solicitud para que adopte medidas provisionales para la protección de las víctimas de la supuesta violación de derechos. Esto ocurre una vez se ha recibido la comunicación y antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, pero no constituye un juicio sobre la admisibilidad o el fondo del caso.

Ahora bien, en cuanto a la admisibilidad del caso se deben tener presentes las siguientes consideraciones del Protocolo:

- Se deben haber agotado los recursos internos, salvo si estos se prolongan injustificadamente (art. 3.1)
- Las comunicaciones se deben presentar en el plazo de un año luego del agotamiento de los recursos internos, salvo si el autor demuestra que ello no le fue posible (art. 3.2.a).
- La comunicación debe versar sobre hechos sucedidos luego de la fecha de entrada en vigencia del Protocolo para el Estado parte interesado, salvo que esos hechos hayan continuado después de esa fecha. Esto supone que la regla general sean hechos ocurridos desde el 5 Mayo de 2013, pero para los Estados que ratificaron luego de esta fecha dependerá de su caso particular (art. 3.2.b).
- No haya sido examinado por el Comité o esté siendo examinado con arreglo a otro procedimiento de examen o arreglo internacional (art. 3.2.c).
- La petición no debe ser incompatible con las disposiciones del Pacto (art. 3.2.d).
- Debe estar debidamente fundada y no basarse exclusivamente en informes difundidos por los medios de comunicación (art. 3.2.e).
- No debe constituir un abuso del derecho a presentar una comunicación (art. 3.2.f).
- No debe ser anónima y debe presentarse por escrito (art. 3.2.g).

Se debe tener presente un requisito adicional sobre la admisibilidad del caso. La comunicación debe revelar que el autor o autores se encuentran en situación de clara desventaja, lo que cualifica las calidades de la persona denunciante (art. 4º del Protocolo). Se puede suponer que la razón de este requisito se basa en consideraciones de tipo prioritarista, con lo que se evitaría por una parte el uso abusivo de las comunicaciones como una *cuarta* o *quinta* instancia a los recursos nacionales, y la consecuente acumulación innecesaria de trabajo, y por otra, se envía un mensaje claro de protección a quienes están en peor situación. Sin embargo, a criterio del Comité sería posible admitir un caso que trate una cuestión grave de importancia general aun cuando el autor no se encontrara en clara desventaja.

Una vez se ha admitido la comunicación, el Comité la pone en conocimiento del Estado (de manera confidencial) y le solicita que se pronuncie por escrito en el plazo de 6 meses. El Estado debe presentar sus observaciones y explicaciones sobre la admisibilidad y sobre el fondo de la comunicación, así como sobre las medidas que ha implementado para corregir la situación; además, deberá explicar de manera detallada las razones por la que considera que no se han agotado los recursos internos si impugna la declaración del autor en este sentido. Posteriormente el Comité remite a las partes las declaraciones de la contraparte para que formulen sus observaciones al respecto dentro de un plazo determinado por el Comité.<sup>958</sup>

Se continúa con el examen de la comunicación, para lo que se prevé que el Comité pueda consultar todo tipo de documentación relevante “procedente de otros órganos, organismos especializados, fondos, programas y mecanismos de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales, incluidos los sistemas regionales de derechos humanos, y cualesquiera observaciones y comentarios del Estado Parte interesado.”<sup>959</sup> El Comité debe dar a cada una de las partes la oportunidad de formular observaciones sobre esa documentación o información procedente de terceros dentro de un plazo determinado.<sup>960</sup> Esto no implica que la información utilizada constituya de manera automática al tercero que la elaboro en parte del procedimiento<sup>961</sup>.

---

<sup>958</sup> Íd., art. 10.

<sup>959</sup> Art. 8 del Protocolo al PIDESC y art. 14.1 del Reglamento provisional.

<sup>960</sup> Art. 14.1 del Reglamento provisional.

<sup>961</sup> Art. 14.3 del Reglamento provisional.

Una vez el Comité ha examinado la cuestión y emitido su dictamen, debe hacerlo llegar a las partes. Allí deberá incluir las recomendaciones que considera apropiadas para corregir la situación. Por último, se realiza un seguimiento de la decisión del Comité o de la solución amigable, solicitando al Estado Parte que presente por escrito y en el plazo de 6 meses, la información sobre las medidas que haya adoptado. Además, el Comité puede invitar al Estado Parte a que incluya información sobre el cumplimiento de los dictámenes en sus informes periódicos en virtud del PIDESC.<sup>962</sup>

El Comité adoptó en el reglamento provisional un mecanismo de seguimiento adicional, pues un relator o un grupo de trabajo deberán verificar las medidas adoptadas por los Estados partes para dar efecto a las soluciones amistosas, los dictámenes o a las recomendaciones del Comité. Para ello el relator o el grupo de trabajo podrán hacer declaraciones por escrito, reunirse con representantes del Estado, recabar información del autor o autores de la comunicación y de la víctima o víctimas, así como también de otras fuentes, además pueden recomendar al Comité medidas complementarias si fueren necesarias. Estas actividades deberán ser informadas al Comité en cada uno de sus periodos de sesiones, y el Comité deberá incluir información sobre el seguimiento en los informes que presente al Ecosoc, con destino a la Asamblea General.<sup>963</sup>

Es de destacar que hasta el momento 22 Estados (de los 45 signatarios) han reconocido la competencia del Comité Desc en esta materia al haber ratificado el Protocolo, dentro de ellos se encuentra España pero no Colombia.<sup>964</sup> Esto infortunadamente corrobora la prevalencia de posiciones hostiles a la exigibilidad de los derechos sociales. En este sentido explica Rosa Riquelme Cortado que el Protocolo Facultativo al PIDESC (PF-PIDESC) nació gracias a los esfuerzos de un grupo de Estados denominados *amigos del protocolo* que hicieron frente a sus detractores, que a decir verdad, son una mayoría representativa:

---

<sup>962</sup> Art. 9 del Protocolo al PIDESC.

<sup>963</sup> Art. 18 del Reglamento provisional.

<sup>964</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Treaty Collection / 3. a Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, en [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-3-a&chapter=4&clang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&clang=en) Los Estados Parte del Protocolo en la actualidad son: Argentina, Bélgica, Bolivia, Bosnia Herzegovina, Cabo Verde, República Centroafricana, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Finlandia, Francia, Gabón, Italia, Luxemburgo, Mongolia, Montenegro, Níger, Portugal, San Marino, Eslovaquia, España y Uruguay.

“A 15 de febrero de 2014, doce eran los Estados partes en el Protocolo del PIDESC. Entre ellos predominan Estados pertenecientes al Grupo Latinoamericano Caribeño (GRULAC), significados durante su gestación entre los denominados “amigos del protocolo”; como a España, Finlandia y Portugal (nacionalidad de la Presidenta Relatora del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un Protocolo Facultativo del PIDESC), los únicos miembros de la Unión Europea (UE) que hasta la fecha lo habían ratificado . **Cabe en este sentido llamar la atención sobre el recelo, cuando no abierta aversión,** que un buen número de Estados desarrollados han manifestado al Protocolo del Pacto desde los inicios de su gestación, al punto de ni siquiera figurar entre sus signatarios. Es el significativo caso de cuatro de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad (Estados Unidos de América, que aún no es parte en el mismo Pacto, China, el Reino Unido y Rusia), así como de otras potencias económicas (Alemania, Austria, Australia, Canadá, Dinamarca, Japón, Noruega, Suecia, Suiza...)”<sup>965</sup> (notas a pie retiradas, negritas añadidas)

Explica Riquelme que estos países argumentaron su oposición, sobre la base de la tradicional bandera de ausencia de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, pues en su criterio, errado por demás, estos carecen de elementos de apreciación por tribunales u órganos cuasi-judiciales, además, de considerar que estos derechos imponen obligaciones de comportamiento progresivo y no de resultado, lo que hace que sea imposible determinar un incumplimiento.<sup>966</sup> Es infortunado que persista esta postura errónea y más aún de parte de los Estados, sin embargo, los esfuerzos de exigibilidad del Comité Desc apenas empiezan, por lo que habrá que esperar algún tiempo para poder observar cómo su labor cambie esta percepción.

En cuanto al estado de las comunicaciones individuales presentadas hasta el momento al Comité Desc se puede indicar lo siguiente:

---

<sup>965</sup> Rosa RIQUELME CORTADO, “El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales entra en vigor. Centro neurálgico para la judicialización de esta gama de derechos”, en *Ordine internazionale e diritti umani*, N° 1, 2014, en <http://www.rivistaoidu.net/marzo2014> p. 4.

<sup>966</sup> *Id.*, p. 5.

Tabla 17 Comunicaciones individuales al Comité Desc desde 2013					
	Nº comunicación y documento	Partes	Derechos	Período de sesión	Estado
1.	Nº 1 /2013 E/C.12/57/D/1/2013	Miguel Ángel López Rodríguez c. España	Ejercicio de los derechos del Pacto sin discriminación; derecho a la seguridad social (Acceso a prestación no contributiva por discapacidad de persona privada de libertad en centro penitenciario)	57 (22 de febrero a 4 de marzo de 2016)	Dictamen. No hubo violación del derecho.
2.	Nº 2 /2014 E/C.12/55/D/2/2014	I.D.G. c. España	Medidas para lograr la plena efectividad de los derechos del Pacto, derecho a una vivienda adecuada	55º período de sesiones (1 a 19 de junio de 2015)	Dictamen. Sí se violó el derecho.
3.	Nº 3/2014 E/C.12/58/D/3/2014	A.M.B. c. Ecuador	Ejercicio de los derechos del Pacto sin discriminación; derecho a la educación; participación en la vida cultural; medidas especiales de protección en favor de niños y adolescentes	58 (06 Jun 2016 - 24 Jun 2016)	Inadmisible
4.	Nº 4/2014 E/C.12/59/D/4/2014	Imelda Merino Sierra y Juan Luis Merino Sierra c. España	Salud, mala praxis médica	59 (19 Sep 2016 - 07 Oct 2016)	Inadmisible
5.	Nº 5/2015 E/C.12/61/D/5/2015	Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili c. España	Derecho a una vivienda adecuada	61 (09 Oct 2017 - 13 Oct 2017)	Dictamen. Sí se violó el derecho.
6.	Nº 6/2015 E/C.12/56/D/6/2015	V.T.F. y A.F.L. c. España	Condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias; derecho a la seguridad social.	56 (21 de septiembre a 9 de octubre de 2015)	Inadmisible
7.	Nº 7/2015	No hay información de autor) Contra Ecuador	Acceso a indemnización complementaria establecida en convenio colectivo de trabajo	N/A	Pendiente
8.	Nº 8/2015 E/C.12/56/D/8/2015	L.A.M.C. c. España	Condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias; derecho a la seguridad social.	56 (21 de sept. a 9 de oct. 2015)	Inadmisible
9.	Nº 9/2015	(No hay información de autor) Contra España	Recurso efectivo para proteger el derecho a la vivienda en caso de posibles cláusulas contractuales abusivas	N/A	Pendiente
10.	Nº 10/2015	(No hay información de autor) Contra Ecuador	Discriminación en acceso al sistema nacional de seguridad social de trabajadora doméstica. Falta de esquema de pensión no contributiva	N/A	Pendiente
11.	Nº 11/2015 E/C.12/57/D/11/2015	F.G.M. et al. c. España	Condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias; derecho a la seguridad social.	57 (22 de feb. a 4 de mar. 2016)	Inadmisible
12.	Nº 12/2016 E/C.12/58/D/12/2016	J.M.R.H. y otros c. España	Condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias; derecho a la seguridad social.	58 (06 Jun 2016 - 24 Jun 2016)	Inadmisible
13.	Nº 13/2016 E/C.12/58/D/13/2016	E.C.P. y otros c. España	Condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias; derecho a la seguridad social.	58 (06 Jun 2016 - 24 Jun 2016)	Inadmisible
14.		No hay información disponible			
15.					
16.					
17.	Nº 17/2016 E/C.12/60/D/17/2016	A. C. G. y otros c. España	Condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias; derecho a la seguridad social.	60 (27 Feb 2017 - 03 Mar 2017)	Inadmisible
18.	Nº 18/2016 E/C.12/60/D/18/2016	F. M. B. y otros c. España	Condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias; derecho a la seguridad social.	60 (27 Feb 2017 - 03 Mar 2017)	Inadmisible
Fuente: Oficina del Alto Comisionado <sup>967</sup> Elaboración propia					

<sup>967</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, “Sessions for CESCR - International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/TreatyBodyExternal/SessionsList.aspx?Treaty=CESCR](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/SessionsList.aspx?Treaty=CESCR) y OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, “Jurisprudence OHCHR.org”, en <http://juris.ohchr.org/en/search/results> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “Informe sobre los períodos de sesiones 57º, 58º y 59º (Doc. Nº E/2017/22 E/C.12/2016/3)”, en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=27](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=27) párrs. 67 y ss y COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “Tabla de casos pendientes”, en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/PendingCases.aspx>

Hasta el momento se han presentado 18 comunicaciones individuales al Comité Desc, con la particularidad de que los únicos Estados denunciados han sido España y Ecuador; por otra parte, el Comité Desc solo ha emitido 3 dictámenes, y únicamente en 2 casos encontró violaciones de los derechos del PIDESC, mientras que otras 3 están pendientes de trámite<sup>968</sup> y 9 comunicaciones fueron inadmitidas, principalmente por motivos de incompetencia *ratione temporis*, pues los hechos alegados correspondían a períodos de tiempo anteriores a la entrada en vigencia del PF-PIDESC<sup>969</sup>.

Si bien no es mucha la jurisprudencia que hay hasta el momento en el seno del Comité Desc, es importante resaltar que se fija un fuerte precedente con relación a la exigibilidad del derecho a la vivienda con los 2 dictámenes que existen, y se abre paso a una nueva práctica para su protección. El primer dictamen que se debe mencionar es el N° 2/2014 (I.D.G. c. España). El caso se presentó con ocasión de la indebida notificación de la demanda hipotecaria a la autora (una mujer con discapacidad y sin alternativa habitacional), y el consecuente remate de su vivienda, sin haber respetado las normas del debido proceso.

En este caso el Comité Desc consideró que si bien se realizó una notificación de acuerdo con las normas internas de España, esta norma no satisfacía el estándar fijado en el PIDESC y en las observaciones generales del Comité, pues en caso de desalojos no basta con medidas como la fijación de anuncios o edictos, sino que se debe agotar todos los recursos posibles para lograr notificaciones personales, que son las que permitan entablar de verdad un proceso, y en consecuencia, que las personas afectadas defiendan sus intereses y derechos.

Además, se debe tener presente que en el caso de la autora la notificación inadecuada ocurrió el 30 de octubre de 2012, es decir, con poca anterioridad a la sentencia del 14 de marzo de 2013 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-415/11 (Mohamed Aziz c. Catalunyacaixa) y de la Ley N° 1/2013 (del 14 de mayo de 2013), que le hubieran dado la oportunidad de atacar cláusulas abusivas del contrato

---

<sup>968</sup> No se incluyen aquí las comunicaciones 14 a 16, pues no existe información oficial hasta el momento.

<sup>969</sup> Otra particularidad observada durante la elaboración de la tabla, es que varios de los casos inadmitidos contra España eran representados por el mismo abogado, por temas de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, y derecho a la seguridad social, pero todos fueron inadmitidos. En este caso específico se podría concluir que la práctica del abogado en cuestión era acudir al Comité Desc como si fuese una instancia más, una vez que agotó los recursos ante el Sistema Europeo de Derechos Humanos.

celebrado con el banco.<sup>970</sup>

El Comité Desc dictaminó en este caso que la violación del derecho a la vivienda de la autora había ocurrido porque el Estado español incumplió con “su obligación de proveer a la autora con un recurso efectivo”<sup>971</sup>. Por esta razón recomendó dos medidas para proporcionar una reparación efectiva a la autora: “a) asegurar que la subasta de la vivienda de la autora no se ejecute sin que ella cuente con la debida protección procesal y un proceso con las debidas garantías, conforme a las disposiciones del Pacto y tomando en cuenta las observaciones generales del Comité núm. 4 y 7; y b) reembolsar a la autora los costes legales incurridos en la tramitación de esta comunicación.”<sup>972</sup>

Con relación al cumplimiento del dictamen, el Comité indicó en su “Informe sobre los períodos de sesiones 57º, 58º y 59º (Doc. N° E/2017/22 E/C.12/2016/3)”, publicado el 22 de febrero de 2017, que la aplicación del dictamen es actualmente objeto de seguimiento y que el Relator sobre el seguimiento de esta comunicación es Rodrigo Uprimny.<sup>973</sup>

Como se puede observar, en este caso el Comité realiza una protección del derecho a la vivienda usando la técnica de conexidad, pues no dictamina que se haya violado directamente este derecho, sino que se lo hizo indirectamente con la violación de las normas del debido proceso, incumpliendo de esta forma con las indicaciones del artículo 2.1 del PIDESC, pues el Estado español no adoptó todas las medidas necesarias para proteger el derecho en cuestión. Este caso representa también un hito para la protección de la vivienda de personas que se encuentren en situación similar, pues el Comité Desc recomienda al Estado español que adopte medidas legislativas y/o administrativas que permitan que las personas afectadas por los procedimientos de ejecución hipotecaria, puedan tomar real conocimiento del inicio del proceso, con lo que se espera poner fin a la mala práctica de notificar estas demandas por edicto en el tablón de los juzgados.

---

<sup>970</sup> Para un análisis exhaustivo de este caso ver Helena TORROJA MATEU, “El control internacional universal *cuasi contencioso* de los derechos económicos, sociales y culturales: comentario a la comunicación núm. 2/2014...”, Op. Cit., p. 151-161.

<sup>971</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “Comunicación N° 2/2014”, en <http://juris.ohchr.org/Search/Details/2010> párr. 15.

<sup>972</sup> Íd., párr. 16.

<sup>973</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “Informe sobre los períodos de sesiones 57º, 58º y 59º...”, Op. Cit., párr. 71.

El segundo dictamen es el N° 5/2015 (Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili c. España). En este caso una familia con pocos ingresos económicos, y con dos hijos menores de edad (de corta edad), fue desalojada de una habitación que alquilaban precisamente por su imposibilidad de afrontar los costos del alquiler el día 3 de octubre de 2013. Entre los hechos se destaca también, y de acuerdo con lo expresado por el autor en este caso, que entre 1999 y 2011 solicitó sin éxito en numerosas ocasiones vivienda pública al IVIMA; por otra parte, luego del desalojo obtuvieron alojamiento por 10 días en el albergue del SAMUR, pero después de ese tiempo tuvieron que abandonar el lugar y pernoctar por 4 noches en el vehículo familiar, hasta que un conocido les ofreció alojamiento, pues las opciones ofrecidas por las autoridades públicas eran inadecuadas ya que suponían separar a la familia: por una parte, los servicios sociales tomarían medidas de protección a favor de los niños, pero no se indicaba qué ocurriría a los padres, y la otra opción consistía en ofrecer alojamiento para la autora e hijos en un centro para mujeres y para el autor en un centro de personas sin hogar.

El Comité Desc encontró que si bien el desalojo se realizó de acuerdo con la ley y respondió al derecho de la arrendadora a terminar el contrato por impago, sí se había violado el derecho a la vivienda (art. 11.1 PIDESC) de los autores de la comunicación, junto con el derecho a la protección y asistencia a la familia (art. 10.1 PIDESC), pues pese a que el juzgado de conocimiento actuó con cierta consideración frente a la situación de los autores al aplazar un par de veces el desalojo, y que ofició a la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid y al Área de Gobierno de Familia y Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid, el fallo se dictó sin haber recibido respuesta de estas entidades de servicios sociales y el desalojo ocurrió sin que les fuera garantizada una vivienda alternativa.

Otro asunto que tocó el Comité fue que el Estado no demostró haber tomado todas las medidas necesarias hasta el máximo de sus recursos disponibles, por lo que concluyó que no le era imposible ofrecer una vivienda alternativa a los autores.<sup>974</sup> Es importante destacar que con este dictamen el Comité además pone de manifiesto que la protección contra los desalojos sin alternativas también abarca los casos de alquiler entre

---

<sup>974</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “Comunicación N° 5/2015”, en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2FC.12%2F61%2FD%2F5%2F2015&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2FC.12%2F61%2FD%2F5%2F2015&Lang=en) párr. 17.8.



particulares, y contrario a lo que sostuvo el Estado español, aunque exista un contrato entre particulares el asunto sí compete al Estado y tiene relevancia frente al Pacto.<sup>975</sup>

Por otra parte, es importante destacar el reproche que hace el Comité Desc a las medidas regresivas tomadas por la Comunidad de Madrid, pues para el momento en que ocurrieron los hechos se vivía en el país una fuerte crisis económica pero el IVIMA vendió parte de su parque de viviendas públicas, 2935 casas y otras propiedades, a fondos de inversión privados;<sup>976</sup> a esto hay que sumar lo que indicó el Estado parte: “anualmente el IVIMA recibe una media de 8000 solicitudes de vivienda pública y adjudica una media de 260 viviendas en Madrid”<sup>977</sup>. Esto permite inferir la gravedad de la situación y lo inadecuado de la medida tomada.

Para terminar, se debe señalar que en este caso en particular el Comité Desc opta por imponer una medida prestacional para reparar el derecho de los autores: “en caso de que los autores no cuenten con una vivienda adecuada, evaluar la situación actual de los mismos y, en consulta genuina y efectiva con los autores, otorgarles vivienda pública u otra medida que les permita vivir en una vivienda adecuada, tomando en cuenta los criterios establecidos en el presente dictamen”<sup>978</sup>.

Mientras que en las recomendaciones al Estado ahonda en lo dicho en la Comunicación N° 2/2014 sobre la necesidad de adoptar medidas legislativas y/o administrativas, indicando esta vez que estas deben orientarse a permitir que en los procesos judiciales: “los demandados puedan oponerse o presentar un recurso con el fin de que el juez considere las consecuencias del desalojo y la compatibilidad de esta medida con el Pacto”<sup>979</sup> (resaltado mío), y a superar la falta de coordinación entre las decisiones judiciales y las acciones de servicios sociales, para evitar que las personas desalojadas se queden sin vivienda adecuada.

Además, conmina al Estado español a usar el máximo de sus recursos disponibles en casos como el planteado, en especial cuando involucren a familias, personas mayores, niños/as y/o otras personas en situación de vulnerabilidad,<sup>980</sup> así como a que formule e

---

<sup>975</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “Comunicación N° 5/2015”, en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2FC.12%2F61%2FD%2F5%2F2015&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2FC.12%2F61%2FD%2F5%2F2015&Lang=en) párr. 13.3.

<sup>976</sup> Íd., párrs. 5.5, 12.2, 12.4 y 17.5.

<sup>977</sup> Íd., párrs. 4.6 y 17.4.

<sup>978</sup> Íd., párr. 20.

<sup>979</sup> Íd., párr. 21a)

<sup>980</sup> Íd., párr. 21c)

implemente un plan para garantizar el derecho a la vivienda de personas con bajos ingresos:

“d) Formular e implementar, en coordinación con las comunidades autónomas y hasta el máximo de los recursos disponibles, un plan comprensivo e integral para garantizar el derecho a la vivienda adecuada de personas con bajos ingresos, de conformidad con la Observación general N.º 4.\* Este plan deberá incluir los recursos, las medidas, los plazos y los criterios de evaluación, que permitirán en forma razonable y verificable garantizar el derecho a la vivienda de esas personas. [\*Véase también las observaciones finales del Comité sobre el quinto informe periódico de España (E/C.12/ESP/CO/5), párr. 21]”<sup>981</sup>.

Se trata entonces de una decisión sin precedentes, pues supone al Estado español tomar acción, aún cuando sea posterior, para afrontar los devastadores efectos de la crisis económica sobre la vivienda y los múltiples desalojos ocurridos aproximadamente desde 2010. Basándose en el principio de buena fe y en el *pacta sunt servanda* sería razonable esperar que España cumpla con las recomendaciones de esta comunicación individual, pero fundándose en la experiencia y en la inmadurez de los Estados en el conocimiento de la teoría y práctica de los derechos sociales es de esperar que pasarán al menos un par de años hasta que el texto de dicho *plan comprensivo e integral* vea la luz, y otro par hasta ver sus primeros logros, pero ojalá quien escribe estas líneas se equivoque.

## ii) Comunicaciones interestatales

Esta facultad es similar a la que tiene el Comité de Derechos Humanos y otros órganos de tratado. El artículo 10 del Protocolo al PIDESC prevé la posibilidad de que el Comité Desc conozca las quejas de un Estado a otro por considerar que este incumple el Pacto, con la salvedad de que ambos deben haber reconocido expresamente la competencia del Comité en este sentido.

Se indicó atrás que este mecanismo nunca ha sido puesto en funcionamiento para el caso del Comité de Derechos Humanos, ni tampoco para otros Comités, y ocurre lo mismo para el caso del Comité Desc<sup>982</sup>, pues lo usual es que los Estados usen vías diplomáticas para solucionar sus conflictos antes que vías jurídicas. Es sin embargo

---

<sup>981</sup> Íd., párr. 21d)

<sup>982</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, “Human Rights Bodies - Complaints Procedures (Inter-State Complaints)”, Op. cit.

relevante que se incluya esta posibilidad, aunque sea solo con una finalidad política, pues, se reitera lo dicho antes, manifiesta el principio de multilateralidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos, según el cual el cumplimiento interesa tanto a los órganos de Naciones Unidas como a todos los Estados.

El procedimiento empieza con un primer acercamiento entre Estados, pues el que considera que otro Estado está incumpliendo sus obligaciones de acuerdo con el PIDESC señala el asunto a su atención mediante comunicación escrita, que podrá ser informada al Comité. Se establece un período de respuesta de 3 meses para el Estado receptor. Si el asunto no se soluciona de manera satisfactoria para ambos Estados dentro de seis meses de recibida la comunicación inicial, cualquiera de ellos puede remitirlo a conocimiento del Comité Desc.<sup>983</sup>

Una vez el Comité se ha cerciorado de que se han hecho valer y se han agotado todos los recursos internos, entra a examinar el asunto. Esta disposición del artículo 10.1.d) del Protocolo al PIDESC resulta un tanto extraña pues replica uno de los requisitos de admisibilidad de las comunicaciones individuales, pero al tratarse de disputas entre Estados no es posible hablar de recursos internos sin que ello suponga la incompetencia de los tribunales nacionales, o cuando menos romper la igualdad entre Estados (o su soberanía misma) al someter la disputa a recursos nacionales. Es razonable pensar que esta disposición no resultará aplicable pues en estricto sentido no hay recurso interno posible al que las partes puedan acudir, además, en la esfera internacional supondría acudir primero a la Corte Internacional de Justicia, lo que carece de lógica a todas luces.

Continuando con el procedimiento, se dispone que el Comité actúe como mediador de la disputa, estableciendo si procede, una comisión especial de conciliación. Una vez concluye el examen, con una solución amistosa o con un pronunciamiento del Comité, este debe presentar un informe a la mayor brevedad posible, en el que se indique: una breve exposición de los hechos y de la solución a que se haya llegado, en el caso de la solución amistosa, o, los hechos, las declaraciones por escrito y orales de los Estados y las observaciones del Comité, en el caso de que no hubiese arreglo amistoso.<sup>984</sup>

---

<sup>983</sup> Art. 10 Protocolo al PIDESC.

<sup>984</sup> *Ibid.*

Ni en el Protocolo al PIDESC, ni en el Reglamento provisional se prevé qué ocurriría si uno o ambos Estados no quedan satisfechos con el informe del Comité Desc, por lo que se podría entender que hay dos posibles vías: continuar el procedimiento como una disputa internacional ante la Corte Internacional de Justicia en virtud del artículo 36.2 del Estatuto de la CIJ, o considerar que el informe del Comité Desc es definitivo y no hay otra posibilidad ulterior. Ambas interpretaciones son jurídicamente viables, pero debido a que este mecanismo nunca ha sido puesto en funcionamiento, y posiblemente nunca lo sea, no se trata de un asunto que apremie un análisis juicioso y exhaustivo.

iii) Investigación de violaciones graves o sistemáticas de derechos económicos, sociales y culturales

Otra de las funciones que el Protocolo al PIDESC le atribuye al Comité Desc es la de realizar investigaciones, sobre la base de información fidedigna, de posibles violaciones graves o sistemáticas de derechos económicos, sociales y culturales contenidos en el Pacto por un Estado Parte. Se trata de una función relativamente nueva dentro del sistema de Naciones Unidas, pues solo la pueden llevar a cabo otros 4 órganos de tratado<sup>985</sup>.

Hasta el momento solo 5 Estados han aceptado la competencia del Comité Desc para este procedimiento, y para el de comunicaciones interestatales: Bélgica, El Salvador, Finlandia, San Marino y Portugal<sup>986</sup>, y luego de revisar la base de datos de la Oficina del Alto Comisionado se encuentra que tampoco existe ninguna investigación confidencial de este organismo desde el 2013<sup>987</sup>, pero teniendo presente que el procedimiento es confidencial en todas sus etapas, solo se tendrá noticia de las investigaciones si hay consentimiento del Estado de incluir el resumen de los resultados

---

<sup>985</sup> Ver nota al pie [946](#)

<sup>986</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Treaty Collection / 3. a Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights / Declarations made under articles 10 and 11”, en [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-3-a&chapter=4&clang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&clang=en)

<sup>987</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “The Treaty Body Database”, en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeCategoryId=7](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeCategoryId=7) Se encuentra en la base de datos que solo el Comité contra la tortura, el de la eliminación de la discriminación contra la mujer y el de los derechos de las personas con discapacidad han realizado un par de investigaciones confidenciales.

en el respectivo informe anual del Comité<sup>988</sup>.

Ahora bien, el procedimiento tiene el siguiente curso:

1. El Comité Desc recibe información fiable sobre posibles violaciones graves o sistemáticas de derechos económicos, sociales y culturales en un Estado, y siempre y cuando este haya aceptado la competencia de investigación del Comité, será invitado a colaborar en el examen de la información y a presentar sus observaciones al respecto<sup>989</sup>.

2. El Comité Desc realiza un examen preliminar de la información para determinar su fiabilidad. Para ello toma en cuenta las observaciones del Estado y otra información a su disposición.<sup>990</sup> Explica Rosa Riquelme que esta puede consistir en: “documentos de las Naciones Unidas y de sus Organismos especializados y, dado el carácter abierto del procedimiento en cuanto a las fuentes de información, las que a la atención del Comité remitan personas, grupos, ONG y otras entidades de la Sociedad Civil.”<sup>991</sup>

3. Con base en este análisis el Comité decide si encarga a uno o varios de sus miembros conducir una investigación, y si fuese necesario, realizar una visita al territorio con el consentimiento del Estado<sup>992</sup>. Esta etapa concluye con un informe de carácter urgente al Comité.<sup>993</sup>

4. El Comité analiza las conclusiones y las remite al Estado, junto con las consideraciones y recomendaciones que considere oportunas. Este último tiene un plazo de seis meses para presentar sus propias observaciones.<sup>994</sup>

5. Luego de este tiempo, si fuere necesario, el Comité podrá invitar al Estado investigado a que le informe sobre las medidas que ha implementado como resultado de la investigación.<sup>995</sup> El seguimiento también se puede realizar a partir de las disposiciones de los artículos 16 y 17 del PIDESC, mediante invitación del Comité al Estado a que incluya en su informe periódico el reporte sobre las medidas adoptadas con ocasión de la investigación.

---

<sup>988</sup> Art. 11.7 Protocolo al PIDESC y art. 25 del Reglamento provisional.

<sup>989</sup> Art. 11.2 Protocolo al PIDESC y arts. 27.1 y 27.2 del Reglamento provisional.

<sup>990</sup> Art. 11.3 Protocolo al PIDESC y arts. 26 y 27.3 del Reglamento provisional.

<sup>991</sup> Rosa RIQUELME CORTADO, “El Protocolo Facultativo...”, Op. Cit., p. 30-31.

<sup>992</sup> Arts. 29 a 32 del del Reglamento provisional.

<sup>993</sup> Art. 11.3 Protocolo al PIDESC y art. 33 del Reglamento provisional.

<sup>994</sup> Arts. 11.5 y 11.6 Protocolo al PIDESC y art. 33 del Reglamento provisional.

<sup>995</sup> Art. 12.2 Protocolo al PIDESC y art. 34.1 del Reglamento provisional. Rosa Riquelme explica que este seguimiento se denomina *ad hoc*.

De acuerdo con Helena Torroja<sup>996</sup>, el mecanismo de investigación puede ser catalogado dentro de los procedimientos de control con fines correctivos y no coactivos, como si lo son los de tipo jurisdiccional, pues no se prejuzga la responsabilidad internacional de un Estado aún, sino que se pretende que este corrija su infracción, pues se entiende que no necesariamente es una *violación deliberada* de derechos. Además se puede incluir en las técnicas de control cuasi contencioso pues aunque la investigación de un presunto incumplimiento sistemático o grave se inicie de manera oficiosa, hay un procedimiento en su mayoría contradictorio, tal y como explica esta autora. Además, en cuanto al alcance, en estos casos es tanto *jurídico* como *político* pues está “fundamentado en derecho pero no [tiene] una fuerza vinculante para el Estado directamente.”<sup>997</sup>

Esto permite inferir que el mecanismo resultaría relativamente débil en sus efectos, y como se ha mencionado anteriormente, estaría respaldado más por efectos políticos que jurídicos, pues por una parte los Estados deberían tomar efectivamente en consideración las recomendaciones del Comité Desc basados en los principios de buena fe y de *pacta sunt servanda*, y por otra, el castigo por desconocer lo recomendado por el Comité sería la vergüenza internacional pero nada más.

Esto se puede extrapolar luego de revisar con brevedad una de las experiencias más reciente del Comité contra la Tortura (CAT por sus siglas en inglés). En junio de 2017 este Comité publicó el resumen de los resultados de la investigación sobre Egipto<sup>998</sup>, allí se indica que el procedimiento se inició luego de recibir información en marzo y octubre de 2012 de la ONG Fundación Alkarama, sobre el uso sistemático de la tortura. Se debe recordar que esta fecha coincide con la *primavera árabe*.

Aunque no se pudo realizar una visita al territorio la investigación del Comité confirmó la situación denunciada por Alkarama; por ende, el CAT recomendó a Egipto poner fin a la tortura y malos tratos en los lugares de detención, adoptar una política de

---

<sup>996</sup> Helena TORROJA MATEU, “El control internacional universal *cuasi contencioso* de los derechos económicos, sociales y culturales: comentario a la comunicación núm. 2/2014 ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el incumplimiento por el Estado español del respeto del derecho a una vivienda adecuada”, en Jordi BONET PÉREZ y Rosa Ana ALIJA FERNÁNDEZ (edits.), *La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sociedad internacional del siglo XXI...*, Op. Cit., p. 149.

<sup>997</sup> Íd., p. 150.

<sup>998</sup> COMITÉ CONTRA LA TORTURA, “Summary account of the results of the proceedings of the inquiry on Egypt (Doc. N° A/72/44 párrs. 58-71)”, en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A%2f72%2f44&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A%2f72%2f44&Lang=en)

tolerancia cero a la tortura, enjuiciar a los autores de los hechos, entre otras medidas, para poner fin a la profunda brecha que existe en ese país entre la legislación y la práctica.<sup>999</sup> El resumen de los comentarios y observaciones de Egipto se transcribe a continuación:

“71. El 1 de junio de 2016, el Gobierno de Egipto transmitió una respuesta a las conclusiones del Comité en la que indicaba que este no debería haber llegado a la conclusión de que el Estado parte practicaba sistemáticamente la tortura por no haber respondido a las denuncias concretas formuladas por la organización Alkarama que, según dijo, se basaban en rumores y carecían de pruebas materiales. El Estado parte aceptó muchas de las recomendaciones del Comité y afirmó que ya se estaban aplicando y que varias otras se habían aceptado parcialmente o se había tomado nota de ellas. Rechazó las recomendaciones del Comité de poner fin de inmediato al recurso a la detención en régimen de incomunicación; crear una autoridad independiente para investigar las denuncias de tortura, desapariciones forzadas y malos tratos; limitar la competencia de los tribunales militares a los delitos de carácter exclusivamente militar; hacer efectiva la prohibición de las ‘pruebas de virginidad’, y poner fin a la práctica de los reconocimientos forenses anales de las personas acusadas de delitos.”<sup>1000</sup>

Se puede apreciar la poca voluntad política del Estado egipcio de tomar en cuenta algunas de las recomendaciones más importantes del CAT, y se desconoce si en verdad dicho Estado implementó o no alguna medida efectiva. Es de suponer que los retos para el Comité Desc son mayores, pues los Estados suelen asumir con superficialidad la exigibilidad de sus obligaciones en materia de derechos sociales, y como se indicó antes, este organismo apenas está dando sus primeros pasos con los mecanismos de control internacional enfocados en la corrección de las conductas estatales defectuosas en la promoción, realización y respeto de los derechos sociales, por lo que se debe esperar algún tiempo, ojala corto, para poder evidenciar la influencia positiva de su labor.

#### *iv. Organización Internacional del Trabajo (OIT)*

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) hace parte del sistema de Naciones Unidas como organismo especializado, es decir, como una organización autónoma, y que coordina sus acciones con el Ecosoc. Es la entidad encargada en el sistema universal de protección de derechos humanos de la promoción y defensa de los

---

<sup>999</sup> Íd., párrs. 70 y 69.

<sup>1000</sup> Íd., párr. 71.

derechos sociales relacionados con el trabajo<sup>1001</sup> y otros relacionados a este como las libertades de expresión, asociación y sindicato, huelga, escogencia y ejercicio de una ocupación, no esclavitud, no discriminación, etc., así como también de los derechos humanos laborales, es decir, de las condiciones relacionadas con el empleo y trabajo: remuneraciones adecuadas, limitación de la jornada laboral, descanso, protección contra riesgos asociados al trabajo, entre otros.

En la actualidad la misión de la organización está agrupada en torno a 4 objetivos: (i) promover y cumplir las normas y los principios y derechos fundamentales en el trabajo, (ii) crear mayores oportunidades para que mujeres y hombres puedan tener empleos e ingresos dignos, (iii) mejorar la cobertura y la eficacia de una seguridad social para todos, y (iv) fortalecer el tripartismo y el diálogo social.<sup>1002</sup> Se debe recordar que la OIT nace en 1919, en la primera postguerra mundial, con la finalidad de promover la paz a partir de la justicia social y el mejoramiento de las condiciones económicas a partir del empleo en condiciones dignas y adecuadas (Preámbulo de la Constitución de la OIT).

Pero además la OIT desempeña un papel fundamental en la protección de los derechos de los pueblos indígenas, pues con la expedición de los Convenios 107 de 1957 (Convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribuales y semitribuales (sic) en los países independientes) y 169 de 1989 (Convenio sobre pueblos indígenas y tribales – y que revisa el de 1957), se busca que los Estados se impliquen internacionalmente en la protección de la forma de vida de estos grupos de personas, lo que resulta no solo en la protección de su cultura, sino que también por conexidad e interdependencia se resguardan sus derechos civiles y políticos, como por ejemplo la participación en la sociedad y la propiedad de tierras ancestrales, y derechos sociales como el trabajo, la salud, la educación, y la vivienda.

La OIT tiene una estructura *sui generis* para el derecho internacional pues en ella participan no solo los gobiernos en representación de los Estados miembro, sino también, los trabajadores y los empleadores, lo que permite que estos grupos gestionen sus propios intereses y necesidades. La organización tiene como pilares los principios de participación y diálogo, por eso esta composición tripartita que no es visible en otra

---

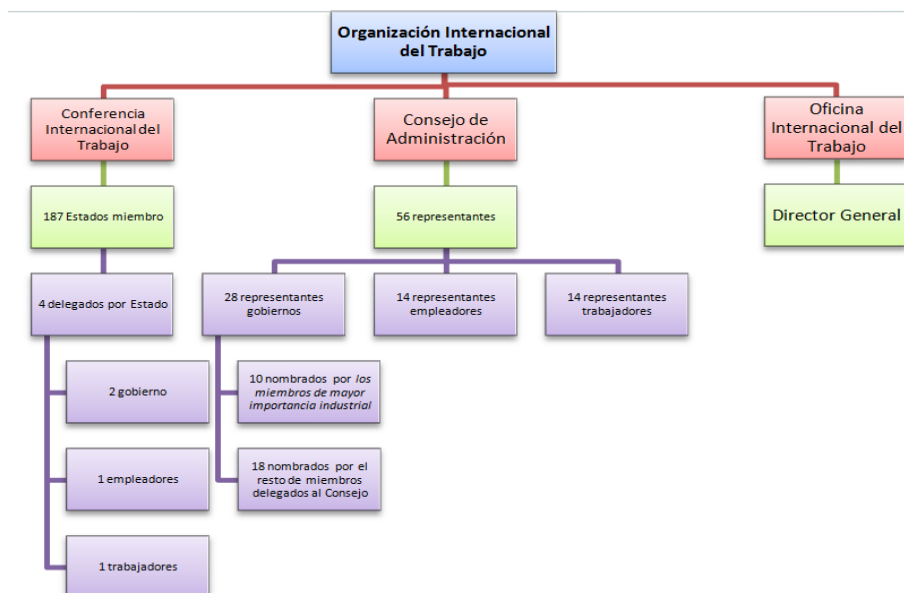
<sup>1001</sup> Entendiendo esta expresión en su sentido más amplio y no limitado solo al empleo. Ver Lina PARRA, *Constitucionalismo contemporáneo y la teoría del contenido mínimo. El derecho al trabajo*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, Quito, 2013, p. 13-24.

<sup>1002</sup> OIT, “Misión e impacto de la OIT”, en <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/lang-es/index.htm>



organización internacional. A continuación se presenta la ilustración N° 13 en la que consta el organigrama de la OIT:

Ilustración 13  
Composición de la Organización Internacional del Trabajo



Fuente: Constitución de la OIT<sup>1003</sup>  
Elaboración propia

Como se puede observar, existen tres instituciones principales en el seno de la OIT: la Conferencia Internacional del Trabajo, el Consejo de Administración y la Oficina Internacional del Trabajo. La Conferencia es el órgano máximo pues está compuesto por los representantes del gobierno, los empleadores y los trabajadores de los diversos Estados miembro, que se reúnen anualmente para tomar determinaciones sobre las políticas de la organización.

Indica Livia Lemos: “La Conferencia es responsable de funciones estructurales de la OIT, como la adopción de las políticas generales de la Organización y de las normas internacionales del trabajo.”<sup>1004</sup> Y continúa explicando la autora que también tiene otras funciones como: “el seguimiento del cumplimiento de dichos instrumentos; la elección y la renovación del Consejo de Administración; la admisión de nuevos

<sup>1003</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Constitución de la OIT”, en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:62:0::NO::P62\\_LIST\\_ENTRIE\\_ID:2453907#A2](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907#A2)

<sup>1004</sup> Livia LEMOS, “La protección de los derechos sociolaborales en el marco de la Organización Internacional del Trabajo. El procedimiento especial de reclamaciones colectivas y su utilización con relación a Brasil” en Ana López, Carlos López; Manuel Alberto Restrepo Medina, (edits.), *Responsabilidad internacional y del Estado: Encrucijada entre sistemas para la protección de los derechos humanos*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2015, p. 300.

miembros en la Organización; la aprobación de los acuerdos de coordinación con otras organizaciones internacionales y con otros organismos especializados de la ONU y la aprobación del presupuesto de la Organización.”<sup>1005</sup>

Como se puede observar, la Conferencia hace las veces de parlamento de la OIT. Sus funciones son de tipo político y por ende se requiere que funcione con un fuerte enfoque de derechos, pues solo así será posible formular de manera adecuada normas internacionales que protejan el trabajo humano, realizar su seguimiento y exigir que estas se cumplan.

Por otra parte se encuentra el Consejo de Administración que es el brazo ejecutivo de la OIT y se renueva cada 3 años. El Consejo está compuesto por 56 representantes, de los cuales 28 son representantes de los gobiernos, 14 de los empleadores y 14 de los trabajadores<sup>1006</sup>; ahora bien, de los primeros 28, 10 son nombrados por los Miembros de mayor importancia industrial y los restantes 18 por los Miembros designados al efecto por los delegados gubernamentales a la Conferencia, con exclusión de los delegados de los diez Miembros primeramente mencionados (art. 7º Constitución de la OIT).

El concepto *Miembros de mayor importancia industrial* no está definido en la Constitución de la OIT, pero según el artículo 7º estos son designados por el mismo Consejo de Administración cada vez que sea necesario. En la actualidad los 10 miembros de mayor importancia industrial son: Alemania, Brasil, China, Estados Unidos, Francia, India, Italia, Japón, Reino Unido y Federación de Rusia<sup>1007</sup>.

El Consejo de Administración se reúne 3 veces al año (marzo, junio y noviembre). Sus funciones radican en: tomar decisiones sobre la política de la OIT, determinar el orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo, adoptar el Programa y Presupuesto antes de su presentación a la Conferencia, y elegir al Director General.<sup>1008</sup>

La tercera institución de mayor relevancia en la OIT es la Oficina Internacional del Trabajo que está a cargo del Director General de la OIT, y es la secretaría permanente de la entidad. De acuerdo con Livia Lemos es un órgano de tipo

---

<sup>1005</sup> Íd., p. 301.

<sup>1006</sup> Además de los 66 miembros adjuntos (28 Gobiernos, 19 Empleadores y 19 Trabajadores).

<sup>1007</sup> OIT, “Acerca del Consejo de Administración”, en <http://www.ilo.org/gb/about-governing-body/lang-es/index.htm>

<sup>1008</sup> Ibíd.

administrativo y sus funciones se pueden agrupar en 3 clases: “funciones de compilación, distribución y publicación de informaciones relativas a la reglamentación internacional del trabajo; funciones de auxilio y soporte a la Conferencia; y funciones de asistencia técnica a los Miembros de la OIT.”<sup>1009</sup>

Por su parte, el Director General además ejerce las funciones de Secretario General en la Conferencia Internacional. Es nombrado por el Consejo de Administración para un mandato de 5 años, recibe de este las instrucciones para realizar sus funciones, y debe responder ante él por el buen funcionamiento de la Oficina Internacional del Trabajo (Art. 8º de la Constitución de la OIT).

Esto implica que el Director General sea la cara visible de la entidad, y por tal razón, su liderazgo es clave para el desarrollo de los derechos sociales asociados al trabajo; esto lo logra especialmente a partir de sus directrices que por lo general se reflejan en sus declaraciones y en los informes que presenta anualmente a la Conferencia Internacional, en especial los denominados como *Memorias del Director General*; de manera anecdótica vale la pena recordar la Memoria de 1999 del ex Director Sr. Juan Somavía, titulada *Trabajo Decente*,<sup>1010</sup> que tuvo y aún tiene un gran impacto en las políticas de la organización.

Se debe destacar que si bien el funcionamiento tripartito de la OIT es un modelo a replicar en otras instituciones internacionales, una vez vista la estructura de representación de la Conferencia Internacional y del Consejo de Administración, el modelo plantea serias dudas sobre la real igualdad de los gobiernos, pues se privilegia la capacidad económica de unos Estados para su nombramiento, lo que puede considerarse un privilegio.

Se debería revisar a fondo la influencia real de esta situación en la participación y alternancia de los Estados en el Consejo de Administración, pues por ejemplo, Paraguay solo llegó a formar parte de este por primera vez en 2017<sup>1011</sup>, lo que implica que no tuvo asiento en el Consejo casi durante un siglo completo desde la creación de la OIT en

---

<sup>1009</sup> Livia LEMOS, “La protección de los derechos sociolaborales en el marco de la Organización Internacional del Trabajo...”, Op. Cit., p. 302.

<sup>1010</sup> CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Memoria del Director General: Trabajo decente” en <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm> Al parecer el gran impacto del título en el mundo hispanohablante viene de un afortunado error de traducción del inglés al español, pues *decent* es una palabra del tipo “falso amigo” que significa en verdad “digno”.

<sup>1011</sup> “Histórico: Paraguay es miembro del Consejo de Administración de la OIT” en <http://www.lanacion.com.py/politica/2017/06/12/paraguay-en-el-consejo-de-administracion-de-oit/>

1919. ¿Hasta qué punto el proceso de elección responderá más bien a la lógica del lobby diplomático?

Lo mismo sucedió con Colombia pero esta vez con los representantes de los empleadores, solo hasta 2014 tuvieron un puesto en el Consejo de Administración, y al parecer debido al rol que desempeñó el representante de aquel entonces Alberto Echavarría Saldarriaga tanto en el Comité de Libertad Sindical de la OIT, como en sus negociaciones con Brasil, miembro de mayor importancia industrial, que lo postuló ese año<sup>1012</sup>.

Otro aspecto que no debe tomarse a la ligera es que la participación tripartita en la OIT responde a un modelo de relación de trabajo que dejó de existir hace varias décadas, pues por una parte la globalización cambió de manera radical las relaciones laborales, y por otra, la flexibilización y precarización han generado formas de trabajo y empleo que no encuentran representación ni en la Conferencia Internacional, ni en el Consejo de Administración.

Por otra parte, y teniendo en cuenta la importancia de la OIT y de las políticas y normas que emanan de su seno, se requiere replantear los mecanismos de selección de los representantes nacionales en cuanto a empleadores y trabajadores, pues adolece de dos vicios, la falta de transparencia y publicidad y la representatividad. Esto es observable al hacer un proceso de *ingeniería inversa* sobre quiénes representan a los empleadores y trabajadores.

Al tomar por ejemplo los casos de Colombia y España se encuentra lo siguiente: en el caso del primer país los empleadores están representados solo por la Asociación Nacional de Empresarios (ANDI por la sigla de su antigua nomenclatura), y los trabajadores por los 3 principales sindicatos del país, la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), la Confederación General del Trabajo (CGT) y la Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC).<sup>1013</sup>

En el caso de los empleadores, si bien la ANDI está dividida en cámaras sectoriales según la actividad económica<sup>1014</sup>, es evidente que hay una especie de

---

<sup>1012</sup> “Echavarría, la carta criolla de los empleadores en la OIT” (28 de junio de 2014) en [http://www.elcolombiano.com/historico/echavarria\\_la\\_carta\\_criolla\\_de\\_los\\_empleadores\\_en\\_la\\_oit-JGEC\\_300494](http://www.elcolombiano.com/historico/echavarria_la_carta_criolla_de_los_empleadores_en_la_oit-JGEC_300494)

<sup>1013</sup> OIT, “[Oficina] Colombia” en <http://www.ilo.org/lima/paises/colombia/lang--es/index.htm>

<sup>1014</sup> ANDI, “Sectores” en <http://www.andi.com.co/Sec/Paginas/Default.aspx> En el momento hay 27 cámaras sectoriales.

monopolio en la representación e inclusive no es clara la política con relación a las PYMES; además, los presidentes y vicepresidentes de la institución, usualmente los delegados por los empleadores en la OIT, han saltado del mundo de lo privado a lo público y viceversa<sup>1015</sup>, por lo que tanto la imparcialidad del Estado como la independencia en la defensa de intereses del sector empresarial quedan en entredicho o por lo menos, debe ser un punto crítico a tomarse en cuenta a la hora de formar la opinión pública y realizar veedurías.

En cuanto al caso de España, los trabajadores están representados por la Unión General de Trabajadores (UGT) y la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO), mientras que los empleadores lo están por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME).<sup>1016</sup> Como se puede observar, y en comparación con Colombia, las Pymes tienen representación, al menos nominal, en la Conferencia Internacional pues la CEPYME resulta ser en la práctica un apéndice de CEOE dado que el cargo de Presidente de la primera conlleva ser uno de los vicepresidentes de la segunda<sup>1017</sup>.

Es importante también que ambas entidades realicen un proceso más completo de modernización de sus estatutos, en aras de fomentar una mayor transparencia y evitar futuros incidentes como los que pusieron en entredicho su funcionamiento durante las presidencias de CEPYME de Jesús Bárcenas y Jesús Terciado<sup>1018</sup>.

---

<sup>1015</sup> EL TIEMPO, “60 años de la Andi” (10 de agosto de 2004), en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1592467> El artículo empieza con la siguiente afirmación “La estrecha relación entre la política y la economía ha marcado los principales episodios de la vida nacional. Muchos empresarios han terminado tentados por la política y a lo largo de la historia colombiana son incontables los políticos que han promovido mejoras para el sector empresarial.” Por mencionar algunos ejemplos Luis Prieto Ocampo fue embajador en Reino Unido, Fabio Echeverri Correa fue congresista, Gustavo Adolfo Carvajal Sinisterra fue embajador en Francia, y Luis Carlos Villegas Echeverri fue Viceministro de Relaciones Exteriores antes de presidir la institución, para luego de ello ser embajador ante Estados Unidos y el actual Ministro de Defensa del gobierno de Juan Manuel Santos.

<sup>1016</sup> OIT, “Los mandantes”, en <http://www.ilo.org/madrid/oit-en-espa%C3%B1a/los-mandantes/lang-es/index.htm>

<sup>1017</sup> En la actualidad el presidente de CEPYME es Antonio Garamendi. Ver CEOE “Conoce a nuestro equipo” en <http://www.ceoe.es/es/sobre-ceoe/quienes-somos/equipo/vice> y CEPYME “Antonio Garamendi, reelegido presidente de CEPYME para los próximos cuatro años” en <http://www.cepyme.es/actualidad/antonio-garamendi-reelegido-presidente-cepyme-los-proximos-cuatro-anos/>

<sup>1018</sup> Ambos acusados de delitos continuados de apropiación indebida y falsedad documental por cobrar sueldos opacos en la entidad patronal. Aunque fueron absueltos por la Audiencia de Madrid en junio de 2017, la situación cuando menos deja un muy mal sabor y afecta la credibilidad de las entidades. Ver al respecto por ejemplo las siguientes notas de prensa: <http://www.eldiario.es/clm/expresidentes-Cepyme->

### **a) Garantías políticas y semi-políticas en el seno de la OIT**

La tarea más importante de la OIT para la protección de derechos sociales en el ámbito laboral es el establecimiento de los estándares normativos que los Estados miembro deberán incorporar en sus legislaciones y prácticas nacionales. Se debe destacar que como en las demás actuaciones de la entidad, el pilar fundamental es la participación tripartita, por tal razón la creación de nuevos Convenios y Recomendaciones<sup>1019</sup> en la Conferencia Internacional (anual) involucra la participación de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores.<sup>1020</sup>

Por otra parte, el Consejo de Administración determinó que si bien todos los Convenios son importantes, era necesario concentrar los esfuerzos de ratificación de los Estados en los que catalogó como fundamentales y de gobernanza (prioritarios).<sup>1021</sup> Así, dentro de los fundamentales se encuentran los siguientes 8:

- C029 - Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930
- C087 - Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948
- C098 - Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949
- C100 - Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951
- C105 - Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957
- C111 - Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958
- C138 - Convenio sobre la edad mínima, 1973
- C182 - Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999

---

[defienden-legalidad-CEOE\\_0\\_653735311.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/06/09/companias/1497017634_915858.html)

[https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/06/09/companias/1497017634\\_915858.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/06/09/companias/1497017634_915858.html)

[https://www.elconfidencial.com/empresas/2017-06-24/sentencia-audiencia-absueltos-terciado-barcenas-cepyme-ceoe-sueldos\\_1404427/](https://www.elconfidencial.com/empresas/2017-06-24/sentencia-audiencia-absueltos-terciado-barcenas-cepyme-ceoe-sueldos_1404427/)

<sup>1019</sup> OIT, “Convenios y recomendaciones”, en <http://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang-es/index.htm> Explica la OIT que la diferencia entre estos instrumentos radica en que: “[los convenios] son tratados internacionales legalmente vinculantes que pueden ser ratificados por los Estados Miembros, o recomendaciones, que actúan como directrices no vinculantes. En muchos casos, un convenio establece los principios básicos que deben aplicar los países que lo ratifican, mientras que una recomendación relacionada complementa al convenio, proporcionando directrices más detalladas sobre su aplicación.”

<sup>1020</sup> OIT, “Cómo las Normas se crean”, en <http://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/international-labour-standards-creation/lang-es/index.htm> Livia LEMOS, “La protección de los derechos sociolaborales en el marco de la Organización Internacional del Trabajo...”, Op. Cit., p. 304.

<sup>1021</sup> OIT, “Convenios”, en <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12000:0::NO::>

Y en los Convenios prioritarios están los siguientes 4:

- C081 - Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947
- C122 - Convenio sobre la política del empleo, 1964
- C129 - Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969
- C144 - Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976

Los restantes 177 Convenios entran en la categoría de *técnicos*. Tanto Colombia como España han ratificados los 8 Convenios fundamentales, mientras que de los de Gobernanza Colombia sólo ha ratificado 3 (no ratificó el 122) y España los 4. En cuanto a los Convenios técnicos, Colombia solo ha ratificado 50 y España 121.<sup>1022</sup>

Ahora bien, para vigilar si los Estados han cumplido con las obligaciones adquiridas en función de los Convenios (y Recomendaciones) de la OIT a los que se han adherido, se estableció un sistema de control periódico, automático y obligatorio, que consiste en la presentación de una *memoria anual* de los miembros a la Oficina Internacional (art. 22 Constitución de la OIT). Por cuestiones de orden práctico se organizó la obligación de presentación de la información para que fuera cada 2 años con relación a los 8 Convenios fundamentales y los 4 de Gobernanza (o prioritarios), mientras que la de los Convenios técnicos se debe hacer cada 5 años.<sup>1023</sup> Explica Livia Lemos<sup>1024</sup> que este sistema de control de la aplicación y cumplimiento es muy similar al de los tratados internacionales de derechos humanos, tanto universales como regionales.

Los órganos encargados de llevar a cabo el control periódico son: la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y la Comisión tripartita de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia Internacional del Trabajo. La primera fue creada en 1926 y consiste en un grupo de 20 juristas eminentes nombrados por el Consejo de Administración por periodos de tres años, para realizar una

---

<sup>1022</sup> OIT, “Ratificaciones de todos los convenios por país”, en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:10015::NO:10015:P10015\\_DISPLAY\\_BY,P10015\\_CONVENTION\\_TYPE\\_CODE:1,U](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:10015::NO:10015:P10015_DISPLAY_BY,P10015_CONVENTION_TYPE_CODE:1,U)

<sup>1023</sup> OIT, “La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones”, en <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-of-experts-on-the-application-of-conventions-and-recommendations/lang--es/index.htm>

<sup>1024</sup> Livia LEMOS, “La protección de los derechos sociolaborales en el marco de la Organización Internacional del Trabajo...”, Op. Cit., p. 307.

evaluación técnica sobre el estado de aplicación de las normas de la OIT.<sup>1025</sup> Además, está encargada de realizar el seguimiento de las reclamaciones (art. 24 Constitución OIT) y las quejas (art. 26 Constitución OIT) que sean presentadas ante la OIT, como se verá más adelante. La segunda funciona durante la Conferencia Internacional, está compuesta en consecuencia por delegados de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores, y se encarga de revisar el informe anual de la Comisión de Expertos para seleccionar los comentarios que serán objeto de debate durante la Conferencia Internacional.<sup>1026</sup>

La presentación de las memorias constituye una excelente herramienta de control, que puede clasificarse en la categoría de garantía semi-política, además de ser un sistema pionero en la protección de derechos humanos en la esfera internacional, y en consecuencia de los derechos fundamentales en los territorios nacionales. Sin embargo, vale la pena cuestionarse si en la actualidad el sistema de control es o no igual de eficiente en la práctica, pues los gobiernos deben presentar de forma periódica alrededor de 10 informes más a los órganos de tratado del sistema universal de protección de derechos humanos, como se puede observar en la siguiente tabla.

Tabla 18  
Periodicidad de reporte a los órganos de tratado del sistema universal

Órgano de tratado	Periodicidad
Comité de Derechos Humanos	1 año después de su adhesión al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y luego siempre que el comité lo solicite (por lo general cada 4 o 5 años).
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	2 años después de su adhesión al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y luego cada 5 años.
Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial	1 año después de su adhesión a la Convención y posteriormente cada 2 años.
Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer	1 año después de su adhesión a la Convención y luego por lo menos cada 4 años.
Comité contra la Tortura	1 año después de su adhesión a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y luego cada 4 años.
Comité de los Derechos del Niño	2 años después de su adhesión a la Convención y luego cada 5 años.
Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	1 año después de su adhesión a la Convención y luego cada 5 años.

<sup>1025</sup> OIT, “La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones”, Op. Cit. (página web)

<sup>1026</sup> OIT, “La Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia”, en <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/conference-committee-on-the-application-of-standards/lang-es/index.htm>



Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad	2 años a partir de la entrada en vigor de la Convención en el Estado parte y luego al menos cada 4 años.
Comité contra las Desapariciones Forzadas	2 años después de su adhesión a la Convención (no se indica la periodicidad posterior pero hay revisiones periódicas).
Grupo de trabajo del Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos	1 informe en un ciclo de 4 años de acuerdo con el calendario de ciclos. Se examina a 48 Estados cada año, para lograr que todos los miembros de la ONU sean examinados cada 4 años.

Fuente: Oficina del Alto Comisionado de las NNUU para los Derechos Humanos<sup>1027</sup>  
Elaboración propia

Lo anterior antes que ser una ventaja puede considerarse como un problema, pues no es un secreto que el actuar de las burocracias suele ser lento y sus procesos engorrosos, por lo que la calidad de la información que se reporte puede verse comprometida, más aún si se tiene presente que es poco usual que los gobiernos realicen reportes negativos o adversos a sí mismos, y por ello sea necesaria la práctica de realizar informes alternativos o sombra para que los órganos de tratado puedan hacerse una idea más completa del panorama nacional sobre las cuestiones que les atañen.

#### **b) Garantías semi-jurisdiccionales en el seno de la OIT**

Ahora bien, la protección de la OIT a derechos sociales no solo funciona a partir de garantías políticas y sociales, también cuenta con mecanismos semi-jurisdiccionales para el control de la aplicación de sus normas: (i) las reclamaciones, (ii) las quejas y (iii) los procedimientos por violación al ejercicio de la libertad sindical. Los dos primeros fueron establecidos en la Constitución de la OIT, artículos 24 y 26, y el tercero en disposiciones específicas adoptadas por el Consejo de Administración en 1950 y 1951 que se han ido ajustando periódicamente<sup>1028</sup>. Estos mecanismos son conocidos como los procedimientos especiales de control, en contraposición a los mecanismos ordinarios de control vistos en el anterior apartado.

Las reclamaciones son un mecanismo establecido para que las organizaciones profesionales de empleadores o de trabajadores, no los individuos, presenten alegaciones

<sup>1027</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NNUU PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Los órganos de derechos humanos”, en <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx> y “Examen Periódico Universal”, en <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/UPR/Pages/UPRMain.aspx>

<sup>1028</sup> La normativa vigente sobre este procedimiento no constitucional se puede consultar en: OIT, “Procedimientos especiales de la Organización Internacional del Trabajo para el examen de quejas por violaciones al ejercicio de la libertad sindical”, en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:62:1570031388938559::NO:62:P62\\_LIST\\_ENT\\_RIE\\_ID:2565060:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:62:1570031388938559::NO:62:P62_LIST_ENT_RIE_ID:2565060:NO)

ante el Consejo de Administración contra un miembro que no ha adoptado las medidas necesarias para cumplir satisfactoriamente un convenio suscrito por este, o que ha violado sus disposiciones. Este procedimiento es de naturaleza colectiva, indica Livia Lemos al respecto que: “representa un gran progreso en la tutela internacional de los derechos sociales, en especial de los sociolaborales, ya que reconoce a los actores representativos de los trabajadores y empleadores la legitimidad para supervisar el cumplimiento de los convenios de la OIT por los Estados, sirviendo como un instrumento complementario a la protección nacional de estos derechos.”<sup>1029</sup>

Las fases del procedimiento son las siguientes<sup>1030</sup>: la reclamación se presenta a la Oficina Internacional y pasa a conocimiento del Director General, quien informa al Estado demandado y la remite a la Mesa del Consejo de Administración para que analice si cumple o no con los requisitos de admisibilidad, y luego pasa a conocimiento del Consejo de Administración, quien determina si admite o no la reclamación.

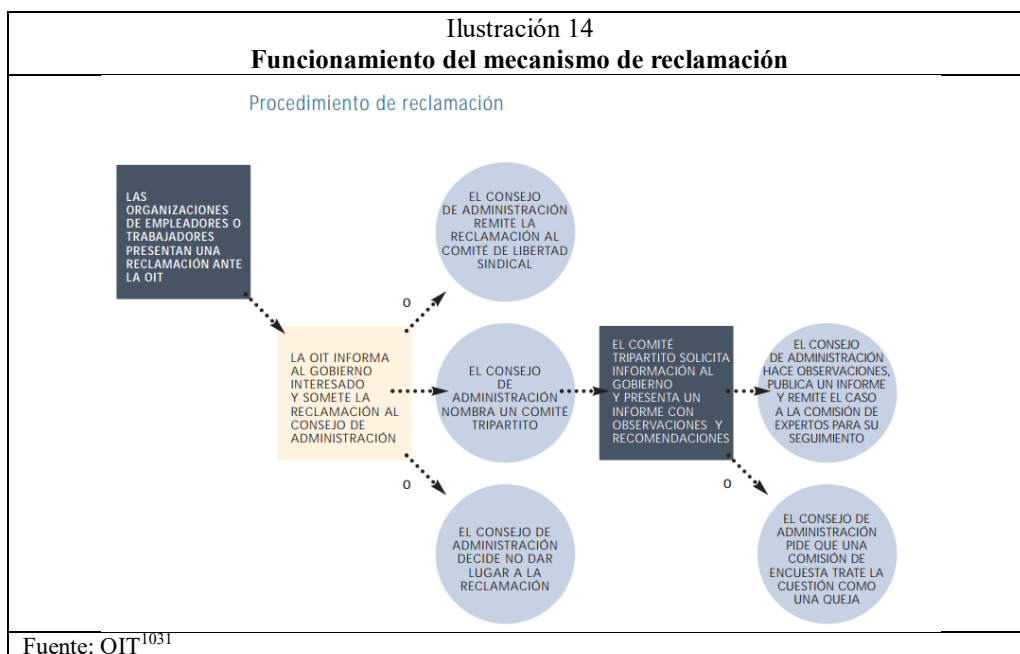
Una vez admitida la reclamación, el Consejo de Administración nombra un Comité Tripartito para que conozca la reclamación. Este se conforma por miembros del propio Consejo de Administración (gobierno, empleadores y trabajadores), pero ninguno puede ser nacional del Estado demandado, ni persona que ocupe un cargo oficial en la organización querellante. Luego de esto viene la etapa de examen de la reclamación, en la que se invita al gobierno demandado a participar, y tras la cual el Comité Tripartito presenta sus conclusiones y recomendaciones al Consejo de Administración.

Con fundamento en el informe del Comité Tripartito el Consejo de Administración toma la decisión final sobre el caso, y puede: (i) sancionar política y moralmente al Estado demandado con la publicación de la reclamación y las declaraciones del gobierno (art. 25 Constitución OIT); (ii) transmitir el caso a una Comisión de Encuesta mediante el mecanismo de queja. En la ilustración N° 14 se resume el procedimiento de reclamación:

---

<sup>1029</sup> Livia LEMOS, “La protección de los derechos sociolaborales en el marco de la Organización Internacional del Trabajo...”, Op. Cit., p. 323.

<sup>1030</sup> OIT, “Reglamento relativo al procedimiento para la discusión de reclamaciones presentadas con arreglo a los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT” en [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcm\\_041901.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcm_041901.pdf)



Han existido alrededor de 178 reclamaciones desde 1924, aumentando de manera significativa la utilización de este mecanismo desde 1982.<sup>1032</sup> En específico han existido 5 reclamaciones contra Colombia y 9 contra España (7 como Estado y 2 como parte de la Unión Europea).<sup>1033</sup> Quedaría pendiente para estudios posteriores investigar los pormenores de estos casos y la efectividad de las reclamaciones<sup>1034</sup>, además de determinar si algunos casos pasaron a conocimiento de una Comisión de encuesta o no, pues dada la especificidad del tema rebasa los esfuerzos del presente documento.

<sup>1031</sup> OIT, “Procedimiento de reclamación”, en [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/image/wcms\\_088448.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/image/wcms_088448.pdf)

<sup>1032</sup> OIT, “Reclamaciones (artículo 24)” (por año), en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50010:13275084214247:::P50010\\_DISPLAY\\_BY:1](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50010:13275084214247:::P50010_DISPLAY_BY:1)

<sup>1033</sup> OIT, “Reclamaciones (artículo 24)” (por país), en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50010:13275084214247:::P50010\\_DISPLAY\\_BY:2](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50010:13275084214247:::P50010_DISPLAY_BY:2)

<sup>1034</sup> Vale la pena indicar la experiencia exitosa que relata la OIT en su página web sobre los efectos de una reclamación hecha contra Grecia: “Grecia ratificó el Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81) en 1955. En 1994, aprobó una ley que descentralizaba la inspección del trabajo, colocándola bajo la responsabilidad de las administraciones de las prefecturas autónomas. Posteriormente, la Federación de asociaciones de funcionarios públicos del Ministerio de Trabajo de Grecia (FAMIT) presentó una reclamación ante la OIT, en la que sostenía que la ley contravenía el principio del Convenio núm. 81, que establece que la inspección del trabajo debe situarse bajo la supervisión y el control de una autoridad central. El comité tripartito creado para examinar esta reclamación la consideró pertinente e instó al Gobierno griego a enmendar su legislación para dar cumplimiento al Convenio. En 1998, el Gobierno griego adoptó nuevas leyes que volvieron a situar la inspección del trabajo bajo una autoridad central. Ese año, la Comisión de Expertos elogió al Gobierno griego por su diligencia y por la atención prestada a las recomendaciones realizadas por el comité tripartito.” OIT, “Las reclamaciones en la práctica”, en <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/representations/lang--es/index.htm>

El segundo mecanismo, la *queja* o más conocido como mecanismo de *encuestas*, permite que un miembro presente una queja contra otro miembro que no haya adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio de un convenio que ambos hayan ratificado. Si la queja proviene de un Estado debe ser presentada ante la Oficina Internacional, quien la remitirá al Consejo de Administración, pero si viene de un delegado de la Conferencia Internacional del Trabajo se presenta directamente al Consejo de Administración; también es posible que este último órgano las tramite de oficio.

Es importante mencionar que no es necesario que el denunciante haya sufrido perjuicios para que su queja sea aceptada, además, si está relacionada con los derechos de libertad sindical el Consejo de Administración podrá remitirla al Comité de Libertad Sindical para que se inicie el procedimiento respectivo.<sup>1035</sup> Se puede entender entonces que el Consejo de Administración también tiene competencia sobre este tipo de casos pero dependerá de las particularidades del asunto para que decida incluir su investigación en su quehacer o no.

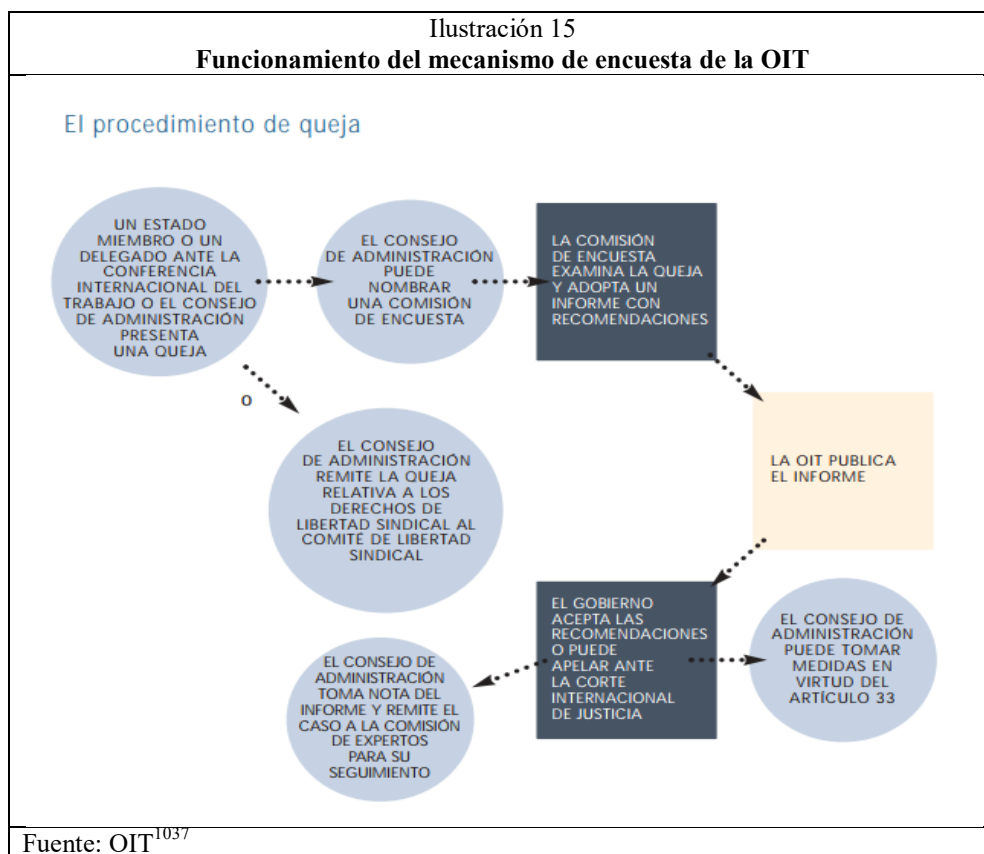
Existe también la posibilidad de que un Estado miembro interponga una queja contra otro por incumplir su obligación de someter los convenios y recomendaciones de la OIT a las autoridades nacionales dentro del tiempo máximo de 1 año (y hasta 18 meses por circunstancias excepcionales) una vez concluida la Conferencia Internacional (párrafos 5b) y 6b) del art. 19), y de 18 meses para los gobiernos federales si fuere el caso (párrafo 7b)i) art. 19).<sup>1036</sup>

Una vez concluida una primera etapa de arreglo amigable (art. 26.2 Constitución de la OIT), antes de la conformación de la Comisión de Encuesta, procederá la correspondiente investigación y la subsecuente publicación del informe de recomendaciones al Estado denunciado, luego de la cual, si alguno de los gobiernos involucrados no está de acuerdo con el resultado, queda facultado para someter la queja a la Corte Internacional de Justicia cuya decisión es inapelable. A continuación se presenta un esquema con el funcionamiento del mecanismo:

---

<sup>1035</sup> Livia LEMOS, “La protección de los derechos sociolaborales en el marco de la Organización Internacional del Trabajo...”, Op. Cit., p. 316.

<sup>1036</sup> Id., p. 318.



Hasta el momento, el mecanismo de encuestas ha sido puesto en funcionamiento en 13 casos:<sup>1038</sup> Portugal en 1962, Liberia en 1963, Grecia en 1968, Haití en 1983, Alemania en 1985, Chile en 1975, Polonia en 1982, República Dominicana en 1983, Nicaragua en 1987, Rumania en 1989, Myanmar en 1996, Bielorrusia (Belarús) en 2003 y Zimbabwe en 2010.

Es de destacar que los procedimientos de control periódico y los procedimientos especiales están vinculados, pues el seguimiento de las medidas adoptadas por los gobiernos denunciados en una reclamación o en una queja está a cargo de los órganos de control regular y permanente, en especial de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Explica Livia Lemos que “a través de sus memorias periódicas, los gobiernos tendrán que informar las medidas adoptadas para dar efecto a las recomendaciones que les fueron formuladas. Con esto se establece un enlace entre el procedimiento de quejas y el procedimiento regular, proporcionando una mayor

<sup>1037</sup> OIT, “El procedimiento de queja”, en [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/image/wcms\\_088453.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/image/wcms_088453.pdf)

<sup>1038</sup> OIT, “Listado de Quejas/Comisiones de encuesta” en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:50011:0::NO::P50011\\_ARTICLE\\_NO:26](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:50011:0::NO::P50011_ARTICLE_NO:26)

cohesión y conexión al sistema de control de las normas.”<sup>1039</sup>

Se trata entonces de un sistema de garantías prácticamente *único en su especie* en el derecho internacional, y en específico en los sistemas internacionales de protección de derechos, pues una crítica recurrente a estos es precisamente que no cuentan con mecanismos de seguimiento de las decisiones tomadas por órganos jurisdiccionales y cuasicontenciosos.

Dada la poca cantidad de quejas y lo espaciado en el tiempo de las mismas, se puede concluir entonces que no se trata de un mecanismo de uso generalizado, sino más bien de uso residual, ahora bien, no se puede decir *a priori* que se trata de un mecanismo poco útil, sino que se deberá revisar los contextos específicos de cada caso para determinar si el mecanismo fue útil o no en la situación de cada país denunciado<sup>1040</sup>, y ello rebasa los objetivos del presente documento.

El tercer procedimiento especial de control es el de *quejas por violación al ejercicio de la libertad sindical*. Este mecanismo surgió ante la necesidad de reforzar el cumplimiento de los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical y negociación colectiva, en los países que no los habían ratificado. El razonamiento que usó la OIT es que estos dos temas son a la vez principios fundacionales de la organización, por lo que no tiene sentido dejarlos sin protección.<sup>1041</sup>

En virtud de lo anterior el Consejo de Administración de la entidad creó en 1951 el *Comité de Libertad Sindical* “con el objetivo de examinar las quejas sobre las violaciones de la libertad sindical, hubiese o no ratificado el país en cuestión los convenios pertinentes.”<sup>1042</sup> Este Comité depende del Consejo de Administración, y como es regla en el seno de la OIT, es de composición tripartita: un presidente independiente, tres representantes de los gobiernos, tres de los empleadores y tres de los trabajadores.

---

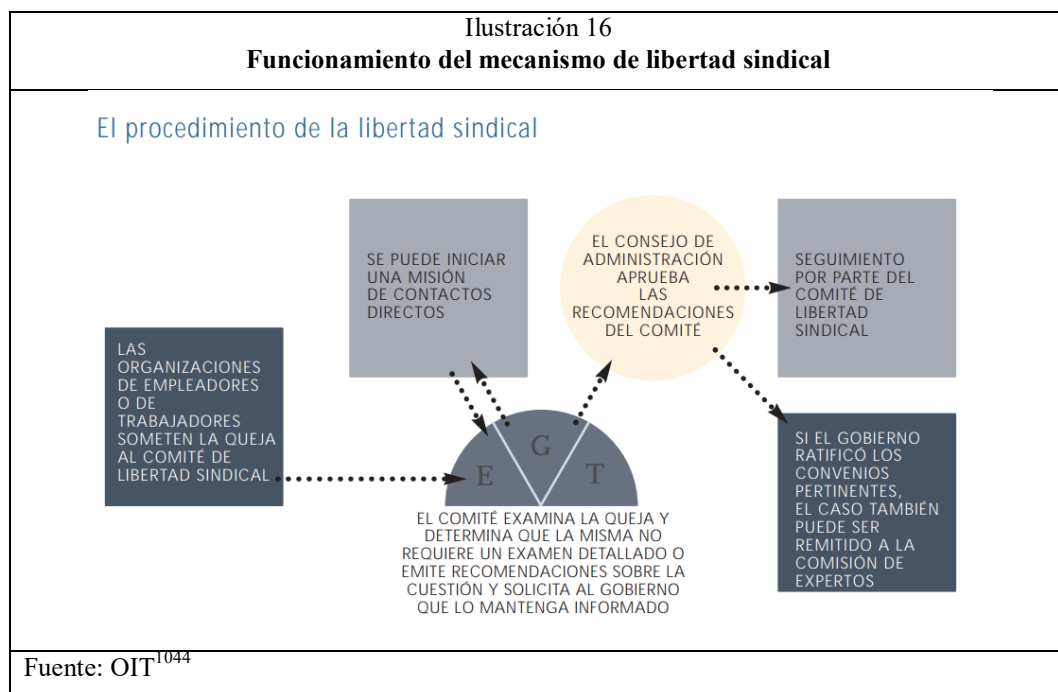
<sup>1039</sup> Livia LEMOS, “La protección de los derechos sociolaborales en el marco de la Organización Internacional del Trabajo...”, Op. Cit., p. 318 y 319.

<sup>1040</sup> Aunque por ejemplo para el caso de Polonia reporta la misma OIT que: “Lech Walesa, señaló que ‘la Comisión de Encuesta creada por la OIT después de la imposición de la ley marcial en mi país hizo contribuciones significativas a los cambios que llevaron la democracia a Polonia’ ”. En: [http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/complaints/lang--es/index.htm#P10\\_3869](http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/complaints/lang--es/index.htm#P10_3869)

<sup>1041</sup> OIT, “El Comité de Libertad Sindical”, en <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-on-freedom-of-association/lang--es/index.htm>

<sup>1042</sup> *Ibíd.*

A continuación se presenta la ilustración N° 16 en la que se recoge el funcionamiento del mecanismo<sup>1043</sup>:



Como se puede observar en el esquema, cuando el Comité acepta la queja por violaciones a la libertad sindical puede optar por 2 soluciones: abordar directamente el problema e iniciar una misión de *contactos directos* para solucionar la situación con los funcionarios y los interlocutores sociales, o puede emitir un informe a través del Consejo de Administración y formular las recomendaciones pertinentes. El seguimiento del cumplimiento de estas deberá ser reportado en los informes periódicos que los gobiernos deben presentar a la OIT, y parte del seguimiento podrá remitirse a la Comisión de Expertos si los Estados han ratificado los Convenios sobre la libertad sindical y asociación.

<sup>1043</sup> El procedimiento está recogido en las normas específicas del tema: OIT, “Procedimientos especiales de la Organización Internacional del Trabajo para el examen de quejas por violaciones al ejercicio de la libertad sindical”, en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:62:0::NO:62:P62\\_LIST\\_ENTRIE\\_ID:2565060:NO#A17](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2565060:NO#A17)

<sup>1044</sup> OIT, “El procedimiento de la libertad sindical”, en [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/image/wcms\\_088458.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/image/wcms_088458.pdf)

El Comité de Libertad Sindical ha conocido hasta el momento 3294 casos repartidos de la siguiente forma según continente o región del mundo<sup>1045</sup>:

- África: 401
- América: 1830
- Asia y el Pacífico: 362
- Estados árabes: 46
- Europa: 655

Una vez vistas las cifras se puede concluir que el mecanismo cuasi-contencioso más utilizado del sistema de la Organización Internacional del Trabajo ha sido el de quejas por violaciones a la libertad sindical. Esto se puede ratificar para los casos de Colombia y España<sup>1046</sup> si se tienen en cuenta las siguientes cifras:

Tabla 19  
Procedimientos relativos a quejas

Colombia	España
<p><i>Casos de Libertad Sindical</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Activo: 28</li> <li>■ En seguimiento: 22</li> <li>■ Cerrado: 158</li> </ul> <p>TOTAL: 208</p> <p><i>Reclamaciones (artículo 24)</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Cerrado: 5</li> </ul> <p><i>Quejas/Comisiones de encuesta</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Cerrado: 1</li> </ul>	<p><i>Casos de Libertad Sindical</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ En seguimiento: 1</li> <li>■ Cerrado: 90</li> </ul> <p>TOTAL: 91</p> <p><i>Reclamaciones (artículo 24)</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Cerrado: 7</li> </ul> <p><i>Quejas/Comisiones de encuesta</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ No hay casos</li> </ul>

Fuente: OIT<sup>1047</sup>  
Elaboración propia

<sup>1045</sup> OIT, “Casos sobre libertad sindical”, en <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:20060:::NO:20060::>

<sup>1046</sup> Una particularidad en la historia de España como miembro de la OIT es que estuvo ausente de la misma durante 15 años, pues de acuerdo con la información oficial de la entidad, el país ha sido miembro de 1919 a 1941 y desde el 28 de mayo de 1956. Este período bien puede coincidir con los años más fuertes del franquismo. (OIT, “Perfiles por país”, en <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11003:::NO:::>)

<sup>1047</sup> OIT, “Colombia” [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11110:0::NO:11110:P11110\\_COUNTRY\\_ID:102595](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11110:0::NO:11110:P11110_COUNTRY_ID:102595) y OIT, “España” en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11110:0::NO:11110:P11110\\_COUNTRY\\_ID:102847](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11110:0::NO:11110:P11110_COUNTRY_ID:102847)



Vistos los principales rasgos de los mecanismos de garantía de los derechos sociales asociados al trabajo en la Organización Internacional del Trabajo, se ha comprobado una vez más, pero en esta ocasión desde la práctica, que los ataques que hacen ciertos sectores de la doctrina a este tipo de derechos desde la falta de mecanismos de reforzamiento (y por ende su aparente no naturaleza de derechos subjetivos) son infundados, pues desde 1919 se cuenta con mecanismos de aseguramiento, al menos para uno de los derechos más importante del catálogo de Desc.

Es cierto también que hay muchos aspectos a mejorar, y que falta ampliar la participación de algunos sectores de la sociedad, pero no se puede desconocer el trabajo que la OIT ha realizado durante casi un siglo en la protección de los derechos sociales y en consecuencia de otros relacionados. Es procedente entonces continuar con el análisis de los mecanismos de garantía de derechos sociales del sistema universal de protección de derechos, finalizando el estudio con unas consideraciones sobre el funcionamiento del Panel de Inspección del Banco Mundial.

v. *El Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional*

Estas dos instituciones, coetáneas a la Organización de las Naciones Unidas, fueron creadas en respuesta a los terribles sucesos de la Segunda Guerra Mundial. Se trata de organismos especializados del sistema de Naciones Unidas, lo que implica que “son organizaciones autónomas cuya labor es coordinada por el Consejo Económico y Social (en el plano intergubernamental) y la Junta de Jefes Ejecutivos del sistema de las Naciones Unidas para la coordinación (en el caso de las secretarías).”<sup>1048</sup>

Relata Naomi Klein que estas instituciones se establecieron en la reunión de potencias mundiales de 1944 en Bretton Woods (New Hampshire, Estados Unidos), como parte de las acciones necesarias para evitar *shocks* y quiebras como los que sufrió la Alemania de Weimar, y que en largo plazo resultaron ser la causa remota del auge del fascismo alemán.<sup>1049</sup> En sus palabras:

---

<sup>1048</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “El sistema de las Naciones Unidas”, Op. Cit.

<sup>1049</sup> Naomi KLEIN, *La doctrina del shock*, Op. Cit., p. 221.

“El Banco Mundial realizaría inversiones en desarrollo a largo plazo para sacar a los países de la pobreza, mientras que el FMI ejercería el papel de una especie de parachoques global, promoviendo políticas económicas que redujeran la especulación financiera y la volatilidad de los mercados. Cuando un país diera síntomas de estar cayendo en una crisis, el FMI entraría en acción por medio de subvenciones y préstamos para la estabilización, con lo que impediría las situaciones críticas antes de que se produjeran. Ambas instituciones, ubicadas una frente a la otra en la misma calle de Washington, coordinarían sus respuestas.”<sup>1050</sup>

La idea de esta «nueva arquitectura económica»<sup>1051</sup> era muy loable pero estas instituciones nacieron con un grave defecto, la deficiente repartición de poder. A diferencia de la Asamblea General, en la que cada Estado tiene un voto sin importar el tamaño de su economía, en las instituciones del Bretton Woods el poder se reparte de acuerdo justamente con ese criterio. Explica Klein que este sistema “otorga a Estados Unidos un poder de veto efectivo sobre todas las decisiones importantes y permite que Europa y Japón controlen el resto.”<sup>1052</sup>

Lo anterior resultó en la práctica, en la colonización tácita de las dos instituciones por parte de la escuela de Chicago, gracias a los gobiernos neoconservadores de Reagan y Thatcher, con las ya conocidas y nefastas consecuencias económicas, políticas y sociales para los países en desarrollo, en especial del cono sur.<sup>1053</sup>

Por esta razón, y luego del famoso «Consenso de Washington» de 1989, las instituciones vivieron un serio proceso de descrédito que las obligó a replantearse algunas de las consecuencias de sus programas y actuaciones;<sup>1054</sup> por ello, lentamente fueron incorporando en su agenda temas medioambientales, sociales y de derechos (aunque sin referirse expresamente así)<sup>1055</sup>.

---

<sup>1050</sup> Ibíd.

<sup>1051</sup> Ibíd.

<sup>1052</sup> Ibíd.

<sup>1053</sup> Íd., p. 221-228.

<sup>1054</sup> En este sentido Dana CLARK, “El Panel de Inspección del Banco Mundial”, en Malcolm Langford, edit., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo del Hombre / Universidad de los Andes, Bogotá, 2013, p. 879-880.

<sup>1055</sup> Eugenia López-Jacoiste pone de manifiesto que esta preocupación también se hizo pública por ejemplo en 1995 con los pronunciamientos de Ibrahim Shihata, vicepresidente senior y consejero general (1983-1998), no sin debates sobre si la institución debía o no mantenerse enfocada exclusivamente en los aspectos de tipo económico del desarrollo. El otro hito fue el año 2006, cuando Roberto Dañino (también vicepresidente senior y consejero general de 2003 a 2006) zanjó la discusión al interior de la institución y presentó una opinión legal sobre los derechos humanos y la labor del Banco. Eugenia LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, “El Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional ante los derechos económicos, sociales y culturales”, en Jordi BONET PÉREZ y Rosa Ana ALIJA FERNÁNDEZ (edits.), *La exigibilidad de los*

Explica Dana Clark que el caso paradigmático de las consecuencias adversas de proyectos financiados fue el de la presa de Sardar Sarovar en India; debido a una serie de irregularidades y a la presión de organizaciones nacionales e internacionales, por primera vez en 1992 el Banco permitió la revisión independiente de un proyecto financiado por él. De esta forma, la Comisión Morse presentó un informe en el que documentaba los casos de violaciones de las políticas medioambientales y sociales del propio Banco Mundial por parte de sus funcionarios, y la tolerancia de la institución a que los gobiernos violaran los términos de los acuerdos de empréstito<sup>1056</sup>.

Esto puso en evidencia la necesidad de contar con algún mecanismo de control y responsabilidad, por lo que en 1993 el Directorio Ejecutivo de la institución aprobó la creación del Panel de Inspección (mediante las resoluciones IBRD 93–10 e IDA 93–6).<sup>1057</sup> Se debe aclarar que este mecanismo solo funciona para los proyectos financiados por 2 de sus 5 instituciones<sup>1058</sup>: el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) y la Asociación Internacional de Fomento (AIF), pues las quejas sobre proyectos que financien la Corporación Financiera Internacional o el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, es decir, los organismos del Grupo del Banco Mundial que se ocupan del sector privado, se deben dirigir a la oficina del Asesor de Cumplimiento/Ombudsman (Compliance Advisor/Ombudsman -CAO por sus siglas en inglés).<sup>1059</sup>

El Panel de Inspección resulta de gran importancia para controlar las acciones y omisiones del personal del Banco Mundial y precautelar los daños que los proyectos financiados puedan causar a las personas y/o al medioambiente. Explica Dana Clark que el proceso puede ser iniciado por dos o más personas con intereses o preocupaciones comunes y que vivan en un área afectada por un proyecto del Banco Mundial, o que

---

*derechos económicos, sociales y culturales en la sociedad internacional del siglo XXI (...)*, Op. Cit., p. 247-251.

<sup>1056</sup> Dana CLARK, “El Panel de Inspección del Banco Mundial”, Op. Cit., p. 879.

<sup>1057</sup> *Íd.*, p. 880.

<sup>1058</sup> El grupo del Banco Mundial está compuesto por 5 instituciones con mandatos diferentes: 1. El Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), 2. La Asociación Internacional de Fomento (AIF), 3. La Corporación Financiera Internacional (IFC por sus siglas en inglés), 4. El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA por sus siglas en inglés), 5. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

<sup>1059</sup> BANCO MUNDIAL, “El Panel de Inspección del Banco Mundial. Al servicio de las comunidades y el medio ambiente”, en [http://ewebapps.worldbank.org/apps/ip/PanelInBrief/Brochure\\_Spanish.pdf](http://ewebapps.worldbank.org/apps/ip/PanelInBrief/Brochure_Spanish.pdf) De manera independiente, las sospechas de fraude, corrupción o adquisiciones inadecuadas en un proyecto financiado por cualquier entidad del Banco o la conducta inapropiada de personal del banco por la misma causa, se deben dirigir a la Vice-presidencia de Integridad Institucional (INT por sus siglas en inglés).

consideren que la afectación ocurrirá a futuro, debido a la violación de las políticas y procedimientos operativos del mismo Banco (más conocidos como políticas de *salvaguardia*), o por violación del acuerdo de préstamo.<sup>1060</sup>

Se trata de un mecanismo de garantía semi-política, pues mediante el Panel de Inspección se realiza una investigación independiente que concluye con un informe de recomendaciones a la administración general del Banco, pero con este no se pueden interrumpir los proyectos, ni indemnizar a los denunciantes que han sufrido daños. Solo tras la discusión del informe del Panel y la revisión de las recomendaciones de la administración del Banco, el Directorio de la institución decide si tomará o no medidas remediales. En caso afirmativo las anuncia, y de ser necesario, propone un *plan de acción* que ejecutará conjuntamente con el prestatario para mejorar el proyecto.<sup>1061</sup>

El mecanismo tiene además varios límites que pueden comprometer su eficacia, pues por una parte, se limita a las acciones u omisiones del personal del Banco, por lo que las actuaciones de funcionarios gubernamentales o de empresas difícilmente pueden llegar a ser investigadas; por otra parte, hay que agotar el mecanismo de reclamaciones ante el Banco y solo si no hay respuesta, o es insatisfactoria, se podrá presentar la solicitud ante el Panel. Pero el límite más importante es quizás la imposibilidad de poner en funcionamiento el mecanismo una vez se ha desembolsado la totalidad del préstamo, o entre el 95 y el 100%.<sup>1062</sup> Esto ocurre debido a la forma incompleta en que se estableció el funcionamiento del Panel, a las políticas de salvaguardia y a que no se tiene en cuenta el paso del tiempo, ni los efectos a mediano y largo plazo de los proyectos, y a que no hay mecanismos de seguimiento del plan de acción. Explica Dana Clark:

“los fondos de los préstamos se desembolsan en una etapa relativamente temprana del proyecto, y luego se pagan a lo largo del tiempo, a menudo en veinte años.

Muchas de las consecuencias de los proyectos, como el desplazamiento involuntario de gente, pueden ocurrir en un momento posterior al desembolso, pero antes del pago del crédito. Aunque técnicamente las políticas del Banco deberían aplicarse a los proyectos hasta el momento en el que se pague el préstamo, no existe ningún sistema para exigir responsabilidad pública cuando los proyectos están en la etapa posterior al desembolso, y tampoco existe ninguna garantía de que las políticas del Banco Mundial se cumplirán con respecto a los términos del acuerdo de préstamo durante la ejecución del proyecto.”<sup>1063</sup>

---

<sup>1060</sup> Dana CLARK, “El Panel de Inspección del Banco Mundial”, Op. Cit., p. 882.

<sup>1061</sup> Íd., p. 885.

<sup>1062</sup> Íd., p. 883.

<sup>1063</sup> Íd., p. 883-884.

La solución a estos defectos del mecanismo quizás se encuentren, como explica Clark, en actualizar y completar los procedimientos operativos, tomando en cuenta la experiencia del Banco de Desarrollo Asiático, que para establecer el Mecanismo de Responsabilidad Pública Renovado tuvo en cuenta precisamente los fallos del Panel de Inspección del Banco Mundial y evitó repetirlos. Por ello eliminó el requisito de cumplimiento del 95% de desembolsos, e incluyó que el mecanismo opere hasta la terminación del proyecto, lo que en la práctica equivale a entre uno y dos años una vez se ha aquel ha concluido físicamente y que esté funcionando.<sup>1064</sup>

Una vez visto el mecanismo del Banco Mundial compete hablar sobre las garantías políticas del Fondo Monetario Internacional (FMI), pues este organismo no cuenta con un mecanismo semi-político, ni cuasi-jurisdiccional. El FMI tiene un impacto indirecto en los Desc, pues su objetivo es mantener la estabilidad del sistema monetario internacional a través del equilibrio de la balanza de pagos de los diferentes Estados miembro, lo que permitirá alcanzar fines como el dispuesto en el Artículo I.ii de su Convenio Constitutivo: “ii) Facilitar la expansión y el crecimiento equilibrado del comercio internacional, contribuyendo así a alcanzar y mantener altos niveles de ocupación y de ingresos reales y a desarrollar los recursos productivos de todos los países miembros como objetivos primordiales de política económica.”<sup>1065</sup>

Esto teniendo en cuenta la conexión entre las condiciones económicas favorables y el cumplimiento de derechos, aunque se sabe que no es el único aspecto necesario. El FMI entonces puede influir positiva o negativamente en la condición económica de los Estados, por lo cual es necesario que cuando menos cuente con parámetros y normas de regulación que no violen derechos humanos. Explica López-Jacoiste que se trata de un debate aún no zanjado, aunque un importante sector de la doctrina sostiene que las obligaciones de derechos humanos sí vinculan a los organismos especializados de la ONU, dentro de los que están el Banco Mundial y el FMI, pues lo contrario equivale a ir en contra de la Carta de las Naciones Unidas, además de que no se puede desconocer que el derecho internacional consuetudinario de los derechos humanos vincula tanto a los Estados como a otros actores no estatales, privados o internacionales.<sup>1066</sup>

---

<sup>1064</sup> *Íd.*, p. 884.

<sup>1065</sup> FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, “Convenio Constitutivo (1944)”, en <https://www.imf.org/external/spanish/pubs/ft/aa/aa.pdf>

<sup>1066</sup> Eugenia LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, “El Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional...”, *Op. Cit.*, p. 249-250.

A lo anterior se debe sumar que en la práctica el FMI está actuando, cuando menos formalmente, con un mayor enfoque de derechos a partir de la reducción de la pobreza. Por ejemplo, en 1999 se hizo la transición de los programas de ajuste estructural a los de ajuste con rostro humano<sup>1067</sup>, esto como resultado de la *Iniciativa para los Países Pobres Muy Endeudados (PPME)* que lanzó conjuntamente con el Banco Mundial en 1996 y que fue ajustada en 1999 con las Estrategias de reducción de la pobreza.<sup>1068</sup>

La idea alrededor de esta iniciativa era aliviar la situación de los países más endeudados, para lo cual se requería crear conjuntamente con los Estados destinatarios unos instrumentos denominados *documentos de estrategia de lucha contra la pobreza* (DELP), en los que se establecía el marco de políticas necesario para hacer posible la reducción de la pobreza. Una vez aprobado era posible acceder a la financiación o asistencia financiera necesaria. Esta iniciativa concluyó en 2014 por haber cumplido prácticamente con la totalidad de sus objetivos, pues de los 39 países pobres muy endeudados, 36 alcanzaron la segunda etapa del proceso, es decir, el punto de culminación. Pese a lo anterior el FMI sigue solicitando las Estrategias de Reducción de la Pobreza como pre-requisito para el acceso a financiación de programas en países de bajo ingreso.<sup>1069</sup>

No se debe perder de vista que una de las críticas más importantes que debe hacerse a este mecanismo del FMI, es que implica en la práctica ajustes institucionales de acuerdo con los criterios ideológicos y tecnocráticos del personal de la institución, por lo que los arreglos institucionales de las respectivas sociedades, por lo general positivizados en una Constitución, pueden verse trasgredidos en aras de cumplir con las condiciones necesarias para acceder a los fondos de esta institución. Igual crítica puede hacerse al Banco Mundial.

---

<sup>1067</sup> *Íd.*, p. 252.

<sup>1068</sup> FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, “Estrategias de reducción de la pobreza en los programas respaldados por el FMI” en <https://www.imf.org/es/About/Factsheets/Sheets/2016/08/01/16/32/Poverty-Reduction-Strategy-in-IMF-supported-Programs>

<sup>1069</sup> *Ibíd.* Ver además FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, “Alivio de la deuda en el marco de la Iniciativa para los Países Pobres Muy Endeudados (PPME)”, en <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/hipcs.htm>

Es vital entonces que los miembros de la sociedad civil, y en consecuencia las garantías no institucionales, entren al juego para velar que la financiación internacional no destruya el proyecto político, social y jurídico de una nación. Esto es especialmente visible con la reforma de políticas de gasto social, que aunque se establezca debe aumentar, en la práctica resulta imposible de cumplir cuando también se exigen ajustes de deuda pública, privatización y reducción del sector público.

En honor a la verdad, el papel de estas dos instituciones en la protección y garantía de los derechos sociales es más bien marginal, pues se enfoca más en el desarrollo, y hay una coincidencia indirecta con aquellos a partir de la protección de elementos como el cuidado sanitario, la nutrición, el acceso al agua, etc.,<sup>1070</sup> que a la larga solo son derechos humanos pero con nombre diferente.

Pese a todo lo mencionado, no debe perderse de vista que el sistema de Naciones Unidas sigue siendo un mundo de diplomáticos, cerrado, distante y miope a las dificultades y necesidades de las personas comunes y corrientes. Esto dificulta que sus políticas irradien con rapidez la práctica estatal interna, pues por lo general los acuerdos y compromisos adquiridos se quedan en manos de las delegaciones respectivas, por lo general a cargo de los ministerios de relaciones exteriores y cancillerías, y se demoran en llegar, o inclusive nunca lo hacen, al conocimiento de los demás ministerios y órganos del poder ejecutivo encargados de las materias específicas, esto implica que la mayoría de las veces las directrices y acuerdos permanezcan en la esfera de las buenas intenciones ante la Comunidad Internacional, pero sean la mayoría de las veces letra muerta en el territorio nacional.

### **3.4.2 SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS**

En desarrollo del Sistema de Naciones Unidas se crearon grupos regionales para facilitar la labor de protección de derechos humanos, de esta forma, hasta el momento existen el Sistema Africano, el Europeo y el Interamericano. Este último conformado en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA).

---

<sup>1070</sup> Eugenia LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, “El Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional...”, Op. Cit., p. 261.



El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH en lo sucesivo) está conformado por los instrumentos internacionales bajo los que operan la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y por estos mismos organismos. La Comisión fue creada por la Carta de la OEA<sup>1071</sup>, y tiene la responsabilidad de velar por el cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos en el continente, para ello debe (1) realizar informes sobre la situación de los derechos humanos en los distintos países miembro y (2) recibir denuncias individuales de violaciones de derechos humanos. Por otra parte, la Corte IDH debe (1) juzgar casos individuales de violaciones a los derechos humanos en países que aceptaron su competencia, y (2) emitir opiniones consultivas.<sup>1072</sup>

Ahora bien, las normas básicas que regulan los derechos económicos, sociales y culturales para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) son:

(1) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969, conocida también como “Pacto de San José de Costa Rica” (Art. 26)

(2) La Carta de la Organización de los Estados Americanos – OEA, y

(3) El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocido como “Protocolo De San Salvador” de 1998, pero que entró en vigencia en 1999.

Inicialmente se debatía se podía o no exigir el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales (Desc), pues el art. 26 de la CADH no presenta una lista exhaustiva, sino que remite a “los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos”.<sup>1073</sup> Al revisar la Carta de la OEA se

---

<sup>1071</sup> Suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993.

<sup>1072</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Tesauro”, en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/biblioteca/biblioteca-tesauro>

<sup>1073</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, en <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>

El texto completo del artículo es el siguiente:

**Artículo 26. Desarrollo Progresivo.** Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos,



encuentra una gran dispersión y vaguedad en la redacción sobre cuáles serían dichos derechos, sin embargo, esta duda se resuelve si se tiene en cuenta que la CADH expresamente indica “los derechos” que se derivan, con lo que no hay lugar a dudas sobre su positivización, y en consecuencia sí se podían exigir desde el momento de su promulgación<sup>1074</sup>.

Ahora bien, nos encontramos en un momento histórico en que está vigente el Protocolo de San Salvador desde 1999, por lo que se cuenta con un listado de derechos mejor organizado y sistematizado, que en todo caso no es limitativo, pues según la Carta de la OEA: “Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.” (Art. 3.1) El listado de derechos del Protocolo de San Salvador es el siguiente:

- Derecho al trabajo (artículo 6)
- A condiciones de trabajo justas (artículo 8)
- A la seguridad social (artículo 9)
- A la salud (artículo 10)
- A un medio ambiente sano (artículo 11)
- A la alimentación (artículo 12)
- A la educación (artículo 13)
- A los beneficios de la cultura (artículo 14)
- A la constitución y protección de la familia (artículo 15)
- Derechos del niño (artículo 16)
- Derechos de los ancianos (artículo 17)
- Derechos de los minusválidos<sup>1075</sup> (artículo 18).
- Otros que resulten de procesos de incorporación o ampliación (artículo 22)

---

reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

<sup>1074</sup> En este sentido Laura ROMERO VILLAMIZAR, “Los mecanismos de supervisión y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Europeo de Derechos Humanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Público*, N° 30, Universidad de los Andes, Bogotá, 2013, p. 9.

<sup>1075</sup> Se debe tener en cuenta que para la época en que se expiden varios instrumentos internacionales se utilizan expresiones del lenguaje común que hoy resultan ofensivas, por ello debe preferirse usar las expresiones *personas con discapacidad, adultos mayores, niños y niñas*, entre otras tantas.

Cuando ocurre una grave violación de estos derechos, y habiendo agotado los procedimientos dispuestos por cada país en su territorio, es posible poner en funcionamiento alguno de los mecanismos de protección, para buscar la reparación de la situación de manos de los Estados.

En ese orden de ideas, y como se mencionó atrás, en el SIDH existen dos mecanismos de protección de derechos: uno de *informes*, que se puede considerar de tipo político, y permite llevar a cabo la supervisión de la observancia de los Desc, y otro de *carácter jurisdiccional*, mediante el cual se hacen justiciables las violaciones de derechos, aunque por la cauta forma en que ha sido dirigido “no ha sido utilizado en todo su alcance”<sup>1076</sup>.

#### **a) Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

El primer mecanismo está a cargo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que tiene su sede en Washington. Este organismo ha realizado, con base en visitas *in loco*, alrededor de 94 informes de países e informes temáticos sobre la situación de derechos humanos en las Américas. Además, presenta anualmente un informe general.

La importancia de estos informes radica en que estos sirven “no solo para la supervisión de la actividad del Estado en cumplimiento de los Desc y de su situación general en la región, sino también para que los Estados y la sociedad evalúen la implementación doméstica de sus compromisos.”<sup>1077</sup>

Por otra parte, la CIDH recibe las denuncias de casos individuales por graves violaciones a los derechos humanos contra los Estados que hacen parte de los tratados del SIDH. En una primera instancia la CIDH determina si los casos son o no procedentes y luego se desarrolla una etapa de arreglo amistoso para evitar que el caso llegue a juicio ante la Corte IDH.

También puede ocurrir que la CIDH emita un informe con relación al caso, señalando sus conclusiones y recomendaciones al Estado, quien debe cumplirlas, basado en el principio *pacta sunt servanda*, aunque precisamente allí radica el punto débil de este mecanismo. Dicho informe al Estado puede incluir las siguientes

---

<sup>1076</sup> Laura ROMERO VILLAMIZAR, “Los mecanismos de supervisión y garantía...”, Op. cit., p. 21.

<sup>1077</sup> *Id.*, p. 20.

recomendaciones<sup>1078</sup>:

- Suspender los actos violatorios de los derechos humanos
- Investigar y sancionar a las personas que resulten responsables
- Reparar los daños ocasionados
- Introducir cambios al ordenamiento legal; y/o
- Requerir la adopción de otras medidas o acciones estatales.

Para poder realizar su trabajo, la CIDH actúa a través de una serie de relatores en diversos temas. Estas personas intervienen en la elaboración de los informes temáticos, de los informes de país, en el análisis de peticiones individuales y de solicitudes de medidas cautelares según su especialidad. En la actualidad las relatorías están distribuidas según los siguientes temas (no se incluyen las de países):

- Derechos de los Pueblos Indígenas
- Derechos las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex
- Derechos de las Mujeres,
- Derechos de las Personas Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial
- Derechos de la Niñez
- Defensores y Defensoras de Derechos Humanos
- Memoria, Verdad y Justicia; Personas Mayores; Personas con Discapacidad (se manejan en unidades, no en relatorías)
- Derechos de las Personas Privadas de Libertad
- Derechos de los Migrantes y Unidad sobre
- Libertad de Expresión
- Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA).

Teniendo en cuenta que todos los derechos son interdependientes y están interrelacionados es posible que una relatoría se pronuncie sobre Desc, sin embargo, la recién creada Relatoría sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales

---

<sup>1078</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Sistema de peticiones y casos”, en [http://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto\\_esp.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_esp.pdf)

va a desempeñar un rol vital para el desarrollo y consolidación de los Desc en el SIDH.

Lo ideal sería que su impulso se reflejara también en las sentencias de la Corte IDH, llevando así al sistema a superar su funcionamiento cauto, pues por regla general protege a los Desc solo de manera indirecta, relevando su conexidad con derechos civiles y políticos, y desconociendo desafortunadamente con este proceder la fuerza que la positivización de estos conlleva.

En términos de garantías, la CIDH funciona de manera bastante similar a la enunciada antes de varios organismos del sistema universal en cuanto a las de tipo primario, pues crea recomendaciones vinculantes, *soft law* y también revisa informes estatales; por otra parte, también cumple funciones de garantía secundaria, en específico de tipo cuasi-contencioso, pues está encargada de mediar soluciones amistosas, dictar medidas cautelares y de tramitar casos escogidos ante la Corte IDH.

A diferencia de los organismos de la ONU, esta institución se ha mostrado más cercana a las personas de la región y ha demostrado ser más eficaz, aunque claro está, con las limitaciones que supone trabajar en un contexto jurídico y político tan variado e impredecible. Esto ha redundado positivamente en el reforzamiento de las garantías internas en los diversos Estados, pues por lo general la actitud y percepción de los gobiernos es más favorable que contraria.

## **b) Corte Interamericana de Derechos Humanos**

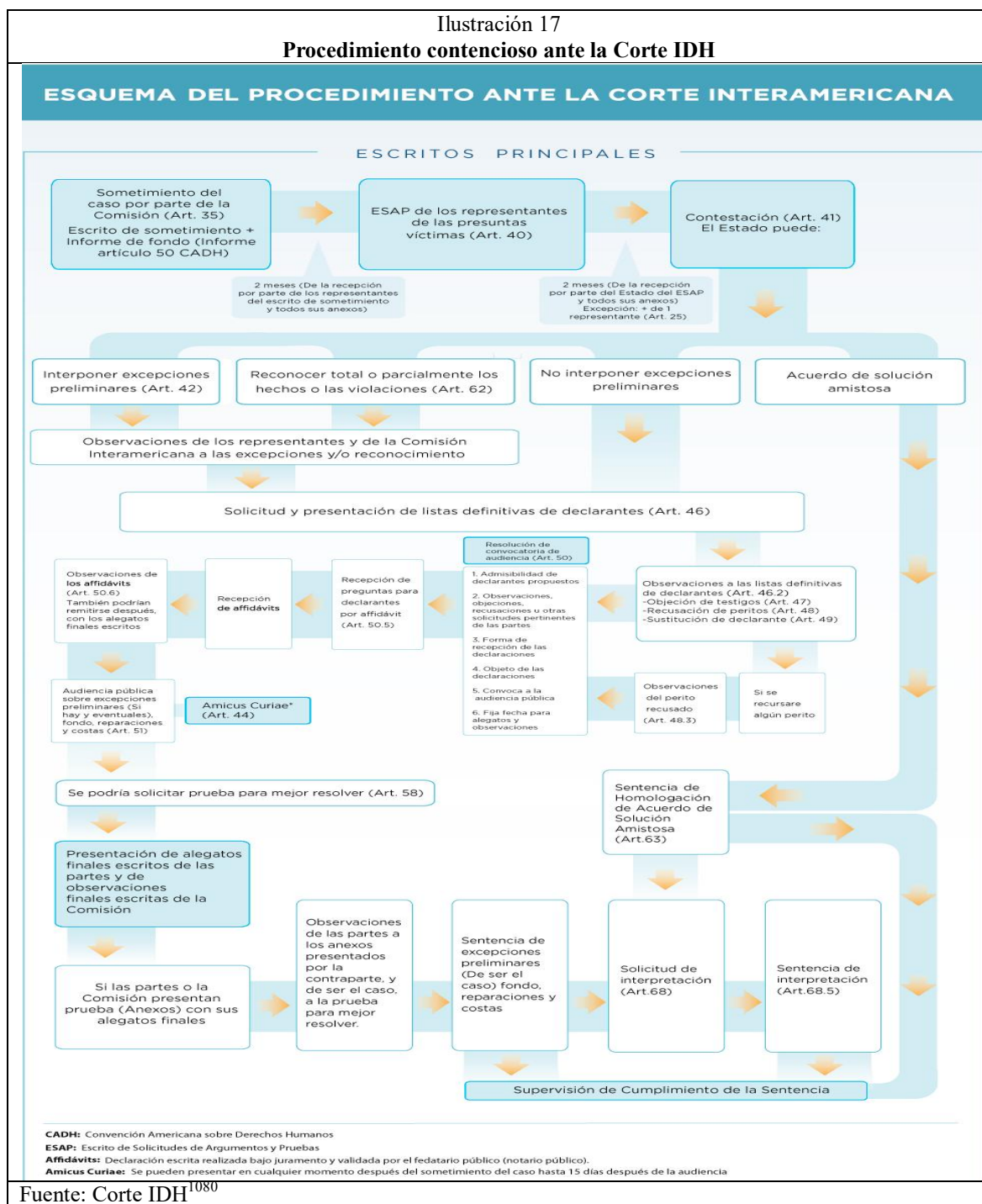
Por otra parte se encuentra el segundo mecanismo del SIDH. El de *carácter jurisdiccional* a cargo de la Corte IDH, que tiene su sede en Costa Rica. Mediante este mecanismo los jueces y juezas de la Corte IDH conocen de los casos de violaciones de derechos humanos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos lleva a su conocimiento.

Indica Laura Romero que “Los mecanismos de protección en la CADH comprenden un sistema de peticiones individuales, reglamentado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la CADH. Este mecanismo puede ser utilizado para alegar el incumplimiento de un Estado parte de la observancia de los derechos contenidos en la CADH y hacer exigible su cumplimiento.”<sup>1079</sup> A continuación se presenta el procedimiento contencioso

---

<sup>1079</sup> Laura ROMERO VILLAMIZAR, “Los mecanismos de supervisión y garantía...”, Op. cit., p. 22.

ante la Corte IDH en la ilustración N° 17.



<sup>1080</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Esquema del procedimiento ante la Corte Interamericana”, en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/como-acceder-al-sistema-interamericano/procedimiento>

Además, la Corte IDH al ser el órgano encargado de la interpretación y aplicación de la CADH tiene otra función muy importante, emitir *Opiniones Consultivas*. Con estas la Corte IDH interpreta y fija el sentido en que deben interpretarse las normas jurídicas sobre derechos humanos en el SIDH. De acuerdo con el artículo 64 de la CADH:

“Artículo 64

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.”

Hasta el momento la Corte IDH ha emitido 23 opiniones consultivas, en su mayoría sobre temas relacionados con derechos civiles y políticos tales como la integridad personal, la libertad, el debido proceso (en especial en el SIDH), la libertad pensamiento y de expresión y el buen nombre. Solo de manera residual se ha pronunciado sobre Desc, por ejemplo con las opiniones consultivas OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, sobre la colegiación obligatoria de periodistas y la OC-17/02 de 28 de agosto de 2002 sobre Condición jurídica y derechos humanos del niño.

Es importante entonces dar un vistazo a sus líneas jurisprudenciales para determinar los avances y deudas que sobre Desc tiene la Corte IDH, aunque en términos generales el SIDH ha dado un par de pasos significativos para el respeto de los Desc, además de la creación de la Relatoría sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la CIDH por ejemplo ha elaborado 3 informes temáticos en los que recoge los principales estándares para la región sobre Desc en cuanto a acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales (2007), elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales (2008) y trabajo, educación y recursos de las mujeres (2011)<sup>1081</sup>.

Al igual que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la Corte IDH desarrolla funciones de garantía primaria y secundaria, la diferencia radica en que esta última tiene un mayor énfasis y peso en las secundarias, pues sus sentencias son de

---

<sup>1081</sup> Se pueden consultar en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/tematicos.asp>

obligatorio cumplimiento, aunque ello no implica que los gobiernos las acaten sin refunfuñar y en ocasiones se deba recurrir a mecanismos de orden interno para hacerlas cumplir.

En cuanto a la labor de garantía primaria, se debe mencionar que se ha visto en los últimos años un aumento significativo de la importancia de acatar sus interpretaciones, al punto que ya se considera necesario el control de convencionalidad para determinar en algunos casos la validez de normas jurídicas nacionales.

En este caso es interesante observar la estrecha relación que existe entre las garantías primarias y secundarias en el seno de la Corte IDH, pues sus opiniones consultivas son fuente de consulta obligada tanto para sí misma a la hora de sentenciar, como para los juristas de la región, y en consecuencia, para los gobiernos y jueces nacionales. Esto permite concluir, al igual que se hizo con respecto a la CIDH, que sus mecanismos de funcionamiento refuerzan las garantías internas en los diversos Estados, aunque su funcionamiento sea residual y complementario a estas.

Solo resta agregar que pese a las virtudes del Sistema Interamericano de Protección de derechos Humanos, el incumplimiento de los Estados en cuanto a sus obligaciones de financiación es un asunto preocupante que ha demostrado afectar y lesionar seriamente el normal desempeño de las entidades que lo componen<sup>1082</sup>, por lo que cabe preguntarse ¿Quién protege a los protectores?

Para terminar, es importante señalar que se debe aprender de los errores ajenos, por lo que conviene estar vigilantes y conscientes de las formas y mecanismos que se establezcan para afrontar la sobrecarga de trabajo que no es ajena a la CIDH y a la Corte IDH, pues de la experiencia de la ONU se ha aprendido que la respuesta no es la creación constante de nuevos organismos, pues a la larga solo contribuyen a aumentar la burocratización del sistema. Pese a que se recibe con beneplácito la reciente, y tan necesaria, conformación de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) de la CIDH, no se debe perder de vista que *más no necesariamente significa mejor*.

---

<sup>1082</sup> Ver por ejemplo los siguientes reportajes sobre los problemas financieros del sistema, en especial de la CIDH: OEA, “Grave crisis financiera de la CIDH lleva a suspensión de audiencias e inminente pérdida de casi la mitad de su personal (comunicado de prensa del 23 de mayo de 2016)”, en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/069.asp> “La responsabilidad de los Estados en la crisis económica de la CIDH”, en <http://radio.uchile.cl/2016/06/05/la-responsabilidad-de-los-estados-en-la-crisis-economica-de-la-cidh/>



### 3.5. CONCLUSIONES

En el ámbito internacional la falta de garantías, o su imperfección, también afectan a los derechos sociales, pero se debe recordar que se trata de un problema de las lagunas jurídicas, lo cual no debe ser confundido con el falso argumento de que estos no son verdaderos derechos. La mayor dificultad radica en que se ha olvidado que estos hacen parte de los derechos humanos en el derecho internacional, y como tal, hacen parte de los principios fundantes de la Organización de las Naciones Unidas desde su Carta fundacional.

En ese orden de ideas, en el artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas se indica que: “Los propósitos de las Naciones Unidas son... 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el **desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos**, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión” (negrita fuera de texto).

Esta norma es vinculante tanto para los poderes públicos como los privados del orden internacional pese a que en ocasiones se carezca de mecanismos de exigibilidad jurisdiccional. Sostener lo contrario equivaldría, por una parte, a aceptar que no hay tal como un orden público internacional pues las normas solo obligan a unos cuantos actores, y por otra parte, que las normas positivas de este orden no son tan «positivas», y por ende, a desconocer la fuerza normativa de la que gozan este tipo de normas jurídicas.

Por último, no deben confundirse los problemas de lagunas jurídicas de garantías de las normas del orden internacional, con un derecho adquirido, o si se prefiere con *una patente de corso*, para desconocer y violar derechos con absoluta impunidad. Una cosa es que a los derechos les falten mecanismos de garantía o que sean incompletos y otra muy diferente, y descabellada, es que ello otorgue un derecho a vulnerar derechos humanos.

Por otra parte, luego de evidenciar que existe una confusión terminológica entre las palabras exigibilidad y justiciabilidad, fue posible aclarar que se trata de términos diferentes aunque se encuentren relacionados. Por exigibilidad se debe entender entonces la posibilidad de solicitar el cumplimiento de derechos fundamentales en instancias políticas o jurisdiccionales, mientras que por justiciabilidad se ha de entender esta solo en el ámbito de procesos judiciales, cuasi-contenciosos, y cuasi-judiciales (o



semi-jurisdiccionales).

La distinción es importante por cuanto permite poner de manifiesto que un derecho no es solo exigible en sede judicial, sino desde la formación misma de las leyes, y esto es posible poniendo en funcionamiento las garantías políticas (o primarias) en conjunto con las garantías sociales (o extra institucionales). Y aunque muchas veces es necesario hacer uso de garantías secundarias para exigir el cumplimiento de estas garantías primarias, por paradójico que suene, tener clara la diferencia permite dimensionar de mejor manera la positividad de los derechos sociales y su faceta política.

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **4. MECANISMOS NACIONALES DE EXIGIBILIDAD.**

### **INTERRELACIÓN DE LA EXIGIBILIDAD POLÍTICA Y LA JURISDICCIONAL**

#### **4.1. INTRODUCCIÓN**

En el tercer capítulo se presentó la clasificación de los mecanismos de exigibilidad política y semi-política, según se relacionen a la vez con garantías sociales o políticas. En este capítulo compete entonces enfocarse en los mecanismos de exigibilidad política más relevantes para el desarrollo y cumplimiento de los derechos sociales: el deber de progresividad y la prohibición de regresividad.

En el presente escrito se privilegió el estudio de estos dos mecanismos por ser los que mejor se enmarcan en una propuesta preponderantemente jurídica, y están acorde con el objeto de investigación seleccionado y la metodología escogida, además de ser temas sobre los que se puede ahondar y ampliar la doctrina desde la óptica de los derechos sociales, aunque no se descarta enfocarse en futuros trabajos en otros mecanismos de exigibilidad política y hacerlo desde una perspectiva multidisciplinaria.

Otro aspecto que es importante resaltar es la posibilidad que ofrecen estos dos mecanismos de pensar en soluciones comunes en el derecho interno a problemas similares pero de ordenamientos jurídicos diferentes, como bien pueden ser el colombiano y el español.

Para tal propósito en el capítulo que se presenta a continuación se pretende abordar en primer lugar las connotaciones de la sutil línea fronteriza entre la exigibilidad política y la jurisdiccional, pues la regla general es que los parlamentos (y el poder ejecutivo) olviden legislar con el deber de progresividad como referente, y por ende sea necesario conminarlo de manera forzosa.

Se parte entonces de una noción básica, el deber de progresividad es la cara política de la moneda, mientras que la prohibición de regresividad es la cara jurídica. En el primer caso se estará ante la exigibilidad política relacionada con las garantías políticas, y en el segundo, frente a la exigibilidad política en relación con garantías sociales y secundarias; esta diferencia permite identificar los sujetos obligados con mayor claridad y los posibles rumbos que se pueden tomar frente a los derechos sociales: uno propositivo y por la vía de la construcción de las normas jurídicas e

instituciones necesarias para realizarlos, el otro reactivo y defensivo cuando se evidencia una regresión y/o violación de derechos fundamentales.

Para estudiar ambos mecanismos se hace necesario revisar también la propuesta doctrinal más reciente que permite identificar tanto los progresos como los retrocesos en materia de derechos sociales, el uso de indicadores de derechos humanos.

Por último se estudiarán dos mecanismos jurídicos, pero con profundas connotaciones políticas, del ordenamiento jurídico colombiano, mediante los cuales se puede también reforzar el cumplimiento y desarrollo de los derechos sociales, se trata del control constitucional de las leyes anuales de presupuesto y de la acción de cumplimiento.

## 4.2 LOS SUTILES LÍMITES ENTRE LA EXIGIBILIDAD POLÍTICA Y LA JURISDICCIONAL

Para entender las connotaciones de la exigibilidad de los derechos fundamentales, en especial los sociales, es necesario desprenderse de dos ideas que conducen indudablemente a equívocos sobre el tema, y que tomando prestada la terminología de Gerardo Pisarello, se pueden denominar la *ilusión jurdicista* y la *ilusión politicista*<sup>1083</sup>.

Con la primera se tiende a idealizar a los tribunales como salvadores – redentores de los derechos sociales, con la segunda, se ensalza a los parlamentos y órganos de representación popular como omnipotentes y sabios que siempre aciertan en cuanto a lo que la sociedad necesita. Ambas perspectivas adolecen de grave miopía. Por ello explica Pisarello que:

“Contra la **ilusión jurdicista**, siempre cabrá recordar que la existencia de derechos sociales robustos depende más de un desarrollo político y administrativo adecuado y de una incisiva presión ciudadana y popular que de lo que efectivamente puedan hacer los tribunales. Pero contra la **ilusión politicista**, que confía la realización de los derechos sociales a la mera existencia de **un «buen» poder político**, siempre cabrá defender la existencia de controles y contrapesos, sociales pero también institucionales.”<sup>1084</sup> (Negritas fuera de texto)

---

<sup>1083</sup> Gerardo PISARELLO, “La justiciabilidad de los derechos sociales: realidad y desafíos”, en *Sociedad y Utopía. Revista de Ciencias Sociales*, N° 34, Noviembre de 2009, p. 163.

<sup>1084</sup> *Ibíd.*

En vista de esto es importante encontrar un punto de equilibrio en el que tanto el poder judicial como el legislativo (y en consecuencia el ejecutivo) puedan trabajar de manera coordinada en pro de la democracia, y ello implica reconocer y respetar el valor normativo que tienen las normas constitucionales sobre derechos sociales, con independencia de la forma en que se hayan adoptado. Un sistema jurídico legítimo y serio requiere de instituciones que a la vez *se tomen en serio* las normas jurídicas sobre derechos fundamentales, por ello son inaceptables las excusas políticas sobre cuán imposible es cumplir con los derechos, en especial los sociales, dado el alto grado de contenido *aspiracional* de los textos constitucionales.

Explica David Bilchitz precisamente al respecto: “Si la Constitución ordena que se haga efectivo cierto grado de justicia distributiva en una sociedad, entonces nuestra concepción doctrinal de las funciones de esas estructuras e instituciones necesitan modificarse conforme a eso, de tal forma que sean apropiadas para hacer efectivas las normas sobre derechos socioeconómicos contenidas en la Constitución.”<sup>1085</sup>

Esto coincide con los cambios que vivieron las constituciones desde mediados del siglo XX, pues evolucionan de meros instrumentos jurídicos con regulaciones orgánicas del Estado y sus formas de actuar, a verdaderos programas políticos dados por el poder constituyente, con claras especificaciones del lugar al que la sociedad quiere llegar y la indicación de algunos mecanismos para lograrlo. Es indudable entonces que los poderes constituyentes le cerraron el paso a gran parte del debate político en cuanto a lo que toca a los derechos, pero ello no equivale a que este desaparezca, sino a que tiene ahora tareas mejor definidas.

A la vez, estos cambios suponen afinar las técnicas de control entre las diferentes ramas del poder público para proteger a las personas de la arbitrariedad. Resulta usual que los organismos y sus funcionarios pierdan de vista las prioridades y confundan los medios con los fines: lo importante son las personas y su dignidad, ellas **son el fin**, mientras que las instituciones (e incluso hasta los derechos) son solo meros medios<sup>1086</sup>.

De ahí que suelen hacerse críticas bajo las etiquetas politización de la justicia, o juridización de la política, pero sin detenerse a analizar el fenómeno con mayor

---

<sup>1085</sup> David BILCHITZ, “El constitucionalismo, el sur global y la justicia económica”, en Daniel Bonilla, edit., *Constitucionalismo del Sur Global*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2015, p. 104.

<sup>1086</sup> En este sentido se expresa David BILCHITZ, “El constitucionalismo, el sur global y la justicia económica”, Op. Cit., p. 104.

profundidad, alegando casi exclusivamente que los tribunales no fueron elegidos democráticamente, y en consecuencia su actuación en el control de políticas públicas y políticas sociales no es más que una atribución indebida de poder. Por ello, y siempre con el propósito de estudiar de manera sopesada la cuestión, se analizarán en las páginas siguientes varios aportes doctrinales sobre el tema para determinar los beneficios y los inconvenientes de la intervención judicial en la determinación y protección de derechos sociales.

Para empezar es importante delimitar los alcances del término activismo. Señalan María Paula Saffon y Mauricio García<sup>1087</sup> que los términos activismo y progresismo no son sinónimos, pues también puede existir el activismo judicial conservador que busca mantener el *statu quo*, como ocurrió a inicios del siglo XX con la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos que entre 1905 y 1937 anuló por inconstitucionales varias leyes sobre cuestiones sociales tales como la limitación del número máximo de horas laborales y salarios mínimos, mientras defendió la constitucionalidad de las leyes sobre segregación racial<sup>1088</sup>. En el mismo sentido se expresa Gerardo Pisarello, quien explica que el activismo conlleva riesgos y potencialidades:

“Riesgos, en la medida en que un activismo conservador podría valerse de una interpretación constitucional regresiva para frustrar intervenciones políticas socialmente progresivas. Potencialidades, en la medida en que, a su vez, un activismo progresivo permitiría neutralizar o, al menos, deslegitimar los intentos de derrocamiento del contenido normativo de una Constitución social a través de medidas políticas restrictivas, justificadas bajo el paraguas de la ‘discrecionalidad legislativa’.”<sup>1089</sup>

Por ende, y para superar el análisis simple de politicistas y jurisdiccionalistas sobre el activismo judicial en derechos sociales, es conveniente desarrollar el tema apoyándose en la metodología que desarrolló este mismo autor<sup>1090</sup>.

---

<sup>1087</sup> María Paula SAFFON y Mauricio GARCÍA VILLEGAS, “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, en *Revista Estudios Socio-jurídicos*, N° 13(1), Universidad del Rosario, Bogotá, 2011, p. 75.

<sup>1088</sup> Rodrigo UPRIMNY, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía”, en Germán Burgos Silva, edit., *Independencia judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, ILSA, Bogotá, 2003, p. 324.

<sup>1089</sup> Gerardo PISARELLO, “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho”, en Miguel Carbonell, edit., *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM, México DF, 2000, p. 116.

<sup>1090</sup> *Ibíd.*

#### 4.2.1 Posibles escenarios de relación entre los poderes políticos y la justicia constitucional

Gerardo Pisarello explica que existen dos grandes tendencias para revelar las relaciones entre el poder legislativo y la justicia constitucional, las hipótesis conflictivas y las hipótesis cooperativas. A continuación se presenta la tabla N° 20 en la que se sintetizan los posibles escenarios de conflicto o cooperación:

Tabla 20 <b>Hipótesis de interacción poder legislativo y justicia constitucional</b>	
<b>Hipótesis de conflicto</b>	<b>Hipótesis cooperativas</b>
Desarrollo legislativo que maximiza los derechos + activismo jurisdiccional que los minimiza	Desarrollo legislativo que minimiza + deferencia jurisdiccional que también minimiza
Desarrollo legislativo que minimiza los derechos + activismo jurisdiccional que los maximiza	Desarrollo legislativo que maximiza + deferencia jurisdiccional que también maximiza
Omisión legislativa que maximiza los derechos + activismo jurisdiccional que los minimiza	Omisión legislativa que minimiza + deferencia jurisdiccional que también minimiza
Omisión legislativa que minimiza los derechos + activismo jurisdiccional que los maximiza	Omisión legislativa que maximiza + deferencia jurisdiccional que también maximiza
Fuente: Gerardo Pisarello <sup>1091</sup> Elaboración propia	

En primer lugar, los escenarios de *hipótesis de conflicto* ponen de manifiesto una pugna entre el parlamento y la justicia constitucional bien sea por causa del activismo conservador o del activismo progresista. En este caso no es posible que ambos poderes públicos lleguen a un punto de acuerdo por lo que uno de los dos órganos debe acarrear los costos políticos – prestigio o desprestigio.

En el caso del desarrollo legislativo que maximiza los derechos y el activismo jurisdiccional que los minimiza se está ante una jurisdicción constitucional conservadora, tal y como ocurrió en Estados Unidos cuando Roosevelt procuraba llevar adelante el *New Deal*, pero se encontró con la declaración de inconstitucionalidad de 11

<sup>1091</sup> Ibíd.

leyes por parte de la Suprema Corte, como se relató brevemente atrás<sup>1092</sup>.

El caso opuesto, desarrollo legislativo que minimiza y activismo jurisdiccional que maximiza, opera por lo general con decisiones judiciales que bloquean el desmantelamiento de políticas sociales, o con la declaración de inconstitucionalidad relativa o absoluta por ser abiertamente discriminatorias o por excluir de manera no razonable a ciertos grupos de personas de su goce.<sup>1093</sup> En esta hipótesis se encuentran los supuestos de **prohibición de regresividad** que serán vistos con mayor detalle en páginas posteriores.

La tercera hipótesis de conflicto alude a la omisión legislativa que maximiza los derechos y al activismo que los minimiza. En este escenario Pisarello entiende por omisión legislativa una situación de facto muy específica: que un grupo de personas hayan puesto en funcionamiento garantías sociales de autotutela (ocupación de inmuebles, granjas colectivas, etc.)<sup>1094</sup>. En este caso la omisión de regulación legislativa permite que el derecho social sea tutelado por sus propios titulares, pues el legislador (e incluso el ejecutivo) *respeta y no interviene*. Sin embargo, puede ocurrir que el activismo se dirija a priorizar derechos patrimoniales sobre los sociales autotutelados, protegiendo y reafirmando el *statu quo*.<sup>1095</sup>

El último escenario de hipótesis de conflicto es el de la omisión legislativa que minimiza los derechos y el activismo que los maximiza. En este caso se está ante el incumplimiento del **deber de progresividad** en la satisfacción de derechos sociales, bien sea en contextos de crisis o de normalidad. Empero, hay que diferenciar si se trata de una omisión relativa o absoluta, pues en el primer caso los remedios jurisdiccionales resultan relativamente más fáciles de establecer que en el segundo, por cuanto se trata de casos en que la legislación es deficiente por vulnerar derechos sociales establecidos constitucionalmente, ser discriminatoria o violar el debido proceso, entre otras razones, por lo que los jueces deben determinar si lo procedente es inaplicarla en casos concretos,

---

<sup>1092</sup> Íd., p. 117, 118. El autor hace también una precisión con relación al vaciamiento de los parlamentos nacionales, pues no existe algo tal como la *infallibilidad legislativa* y la globalización ha aparejado que los centros de decisión política se trasladen a organismos aún más contramayoritarios como bancos centrales y organismos financieros internacionales, entre otros, que además no están sujetos a controles o lo están a mecanismos muy débiles.

<sup>1093</sup> Íd., p. 118 - 125.

<sup>1094</sup> En capítulos anteriores se dieron ejemplos de este tipo de garantías, deteniéndose en algunas consideraciones para el caso de las empresas recuperadas.

<sup>1095</sup> Gerardo PISARELLO, “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno...”, Op. Cit., p. 125, 126.

expulsarla del sistema jurídico o emitir una sentencia aditiva para extender los efectos al grupo de personas excluido ilegítimamente.<sup>1096</sup>

Si se trata de una omisión absoluta se debe determinar, para casos individuales, si es posible “articular una posición subjetiva ante los tribunales para obtener la protección de un derecho social”<sup>1097</sup>, bien sea mediante acciones individuales o colectivas (como el recurso de amparo o la acción de tutela y las acciones de grupo o *clase*) o como se verá más adelante, en litigios estructurales, y a partir de aspectos del derecho que tienen exigibilidad jurisdiccional directa, o desde su conexidad con derechos civiles constitucionalmente amparables, como ocurriría en el caso del ordenamiento español; aunque también cabría la posibilidad de poner en funcionamiento la acción de inconstitucionalidad por omisión en los ordenamientos que la contemplan.

En cuanto a las *hipótesis cooperativas*, indica Pisarello que estas “resultan más frecuentes que las hipótesis conflictivas, en la medida que el legislador y los jueces tienden, en última instancia, a actuar como un mismo bloque de poder dentro del aparato estatal.”<sup>1098</sup>, lo que conlleva riesgos y oportunidades dependiendo del contexto en que la cooperación ocurra, pues en un ambiente progresista la deferencia judicial resulta deseable ya que propende al respeto de la democracia y el Estado social de Derecho, pero en uno regresivo solo haría las veces de instancia de legitimación de medidas minimizadoras y hasta inconstitucionales.

En este caso hay cuatro posibles escenarios, al igual que en las hipótesis de conflicto, el primero de ellos es el desarrollo legislativo que minimiza y la deferencia jurisdiccional que también minimiza. Aquí el legislador usa su potestad para legislar de manera regresiva o desmantelando derechos sociales, mientras que los jueces avalan la decisión; en el fondo lo que subyace a esta postura es una concepción de la Constitución en sentido débil, o como documento meramente programático, y un liberalismo exacerbado, enfocado en la protección de las libertades negativas.<sup>1099</sup> Este tipo de colaboración, nada raro en la realidad, es nocivo al desarrollo de los derechos sociales y compromete el valor normativo de las cláusulas constitucionales de contenido social, con lo que en consecuencia se desconocería el valor normativo de la Constitución misma

---

<sup>1096</sup> Íd., p. 119, 127.

<sup>1097</sup> Íd., p. 127.

<sup>1098</sup> Íd., p. 129.

<sup>1099</sup> Íd., p. 130-131.



y/o de los instrumentos internacionales vigentes.

El segundo tipo de colaboración sería el de desarrollo legislativo que maximiza y la deferencia jurisdiccional que también maximiza. Se trata del escenario ideal, pues el legislador (o incluso el ejecutivo) ha desarrollado los preceptos sociales de la Constitución, mientras que los jueces garantizan este desarrollo frente a posibles objeciones de poderes privados, otros sectores del poder público o de cualquier otra naturaleza.<sup>1100</sup>

El tercer escenario es el de omisión legislativa que minimiza y la deferencia jurisdiccional que también minimiza. Este también resulta altamente nocivo a los derechos fundamentales, pero en especial a los sociales, pues combina en una letal fórmula la inacción del legislador y de los jueces con poderes privados incontrolados; explica Pisarello que esta situación es favorecida por el *modus operandi* de la economía internacional que impone de facto a los Estados una *lex mercatoria* pactada por pequeños grupos poderosos y que altera en consecuencia el sistema de fuentes normativas<sup>1101</sup>.

La inacción del legislador también puede provenir de ignorar deliberadamente las iniciativas ciudadanas. Un reciente ejemplo de esta colusión es la grave crisis hipotecaria y de vivienda que enfrentó España a inicios de la década de 2010, pues de una parte el legislador se resistió a los pedidos sociales de dictar normas encaminadas a incorporar la dación en pago como fuente de terminación de las obligaciones hipotecarias impagas, por otra, los jueces se negaron también casi de manera sistemática a conocer de diversos casos por esta razón, incluso alegando los demandantes la existencia de cláusulas abusivas en los contratos hipotecarios, y la estocada final llegó de nuevo de parte del legislador, pues ante la iniciativa legislativa popular sobre dación en pago y moratoria de desahucios, que se presentó con 1.402.854 firmas de apoyo (casi 3 veces del mínimo exigido de 500.000 firmas), el Partido Popular (PP) primero sostuvo que votaría en contra, para luego dar marcha atrás, y finalmente cambiar el espíritu del proyecto de ley, que se aprobó como la Ley 1/2013, de 14 de mayo, pues mantiene la aplicación excepcional y residual de la dación en pago de normas anteriores.

---

<sup>1100</sup> Íd., p. 131-132. Gerardo Pisarello ejemplifica este caso con el advenimiento de los tribunales Warren y Burger en Estados Unidos, e indica que este escenario puede darse por “estrictas razones de supervivencia política... [o] por una real democratización de la jurisdicción”; además, de florecer por lo general en un distintivo estado de movilización social y con condiciones económicas favorables.

<sup>1101</sup> Íd., p. 133.

El cuarto y último escenario, consiste según las explicaciones de Pisarello<sup>1102</sup>, en la omisión legislativa que maximiza y la deferencia jurisdiccional que también maximiza. Consiste, de manera similar que en el anterior caso, en la inacción del legislador y del juez, pero esta vez con resultados diferentes, pues se producirían espacios no regulados por el Derecho en los que es posible la autotutela y autogestión de derechos. Este resulta bastante improbable en sociedades complejas como en las que se vive actualmente, pero en palabras del autor citado, sería posible por ejemplo en comunidades indígenas.

Teniendo en cuenta que este escenario se presentaría en el ámbito del ejercicio de garantías sociales (o no institucionales) se puede plantear como ejemplo, de acuerdo con lo dicho en anteriores capítulos, el caso de las empresas recuperadas (principalmente en Argentina). Sería posible que un grupo de ex trabajadores hubiesen continuado explotando la unidad productiva abandonada y que quien otrora fuese titular de propiedad de la misma decida cederla o renunciar a ella; es visible que no hay intervención legislativa, y dadas las circunstancias, no es posible que el juez intervenga oficiosamente, a lo sumo habría lugar a una intervención de la administración para velar por intereses públicos tales como el recaudo de tributos, el cumplimiento de requisitos de sanidad, las normas de protección a los consumidores, etc., pero no para limitar el ejercicio de autogestión en sí mismo.

Como se observa, las relaciones entre el poder legislativo y el judicial en el tema de determinación y protección de derechos sociales son mucho más complejas de lo que se suele pensar, de ahí que las críticas sobre atribución indebida de poder de los jueces se deban realizar con mayor detalle para superar la simplificación excesiva. Se debe tener presente que además los contextos nacionales, su historia, relaciones políticas y sociales, etc., también ejercen una notable influencia en la percepción sobre el rol que deben desempeñar los poderes públicos, pues es común que en los países europeos la suspicacia se dirija a los jueces, mientras que en los países latinoamericanos dicha desconfianza apunte a los legisladores.

---

<sup>1102</sup> *Íd.*, p. 133-134.

En este sentido autores de la corriente del *constitucionalismo popular*<sup>1103</sup>, como por ejemplo Larry Kramer<sup>1104</sup> y Mark Tushnet<sup>1105</sup>, entre otros, son escépticos sobre el control constitucional por parte de los jueces y su eficacia, y propenden más bien porque dicho control sea ejercido directamente por los grupos sociales, por ejemplo a partir de la revitalización de la política.

Lo anterior puede resultar efectivo en contextos sociales en los que las personas gozan de derechos que les permiten ejercer la ciudadanía de manera más plena, pero en sociedades con altísimos niveles de inequidad y en déficit de goce de derechos, como por ejemplo la colombiana, esto resulta inaplicable, pues las personas van a estar más preocupadas por conseguir el sustento diario, que por vigilar que las instituciones, incluida la Corte Constitucional, realicen los fines constitucionales.

Parafraseando a Maslow, mencionado en el primer capítulo, una persona que no tiene satisfechas tan siquiera sus necesidades de alimentación pensará todo el día en pan, dormirá soñando con pan y se despertará anhelando pan, entonces ¿cómo es posible esperar que las personas se preocupen por asuntos jurídicos y políticos de gran envergadura?

Teniendo en cuenta además la gran desproporción de poder que existe entre los ciudadanos *de a pie* y las corporaciones y grandes grupos económicos, la arena de la contienda política se ha trasladado en muchos casos del debate en los parlamentos a los litigios ante los jueces constitucionales pues las personas y algunos grupos de ciudadanos se han apropiado de los mecanismos jurídicos como nueva forma de conducir sus luchas sociales. Este fenómeno social, relativamente reciente, ha sido denominado por entidades como el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)<sup>1106</sup> *planteo en el ámbito judicial de conflictos públicos*.

<sup>1103</sup> Para profundizar sobre las líneas generales de esta escuela ver Roberto GARGARELLA, “El Nacimiento Del ‘constitucionalismo Popular’.” *Revista de Libros (Fundación Caja Madrid)*, N° 112, 2006, p. 15-18, en <http://www.jstor.org/stable/30230708> El autor indica que dentro de esta escuela se pueden encontrar autores como: Larry Kramer, Akhil Amar, Jack Balkin, Sanford Levinson, Richard Parker, Mark Tushnet, Robert Post y Reva Siegel, lo que permite inferir que se trata de una postura de la academia Anglosajona y por ende en contextos de confianza política muy diferentes a los del mundo Iberoamericano.

<sup>1104</sup> Larry KRAMER, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004; versión en castellano *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, traducido por Paola Bergallo, Marcial Pons, Madrid, 2011.

<sup>1105</sup> Ver por ejemplo de este autor: Mark TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton, 2008; *¿Por qué la Constitución importa?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.

<sup>1106</sup> CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES, *La lucha por el Derecho*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2008, p. 25.

Esta entidad explica que el hecho de que ahora se litiguen ciertos casos que antes no, se debe a los problemas de participación democrática y debilidad institucional que hicieron que las personas, especialmente en América Latina, Estados Unidos, India y Suráfrica, se volcaran a la judicatura como espacio de solución de conflictos:

“La debilidad de las instituciones democráticas de representación y el deterioro de los espacios tradicionales de mediación social y política han contribuido a trasladar al ámbito judicial conflictos que solían dirimirse en otros espacios sociales. Se trata de un cauce relativamente nuevo en el que han volcado sus demandas y fortalecido su práctica distintos actores. Esta nueva práctica produjo modificaciones en la acción social y política de muchas organizaciones.”<sup>1107</sup>

Este fenómeno también es reconocido por autores como Rodrigo Uprimny<sup>1108</sup>, quien sostiene que hay 4 razones para explicar el aumento de la judicialización de la política: la primera, la notoriedad pública que han adquirido ciertos fiscales o jueces por su compromiso en la lucha contra la corrupción y/o en la defensa de derechos ciudadanos, lo que les ha valido el respaldo ciudadano y una percepción de que por esta razón son órganos más democráticos que los políticos escogidos por votación popular; a esto se debe sumar que el sistema judicial es más cercano a las personas y por ende funciona como un espacio político que no requiere intermediarios.<sup>1109</sup>

En segundo lugar se encuentra la despolitización de algunos temas sensibles por los propios actores políticos, para no asumir costos políticos o para superar un bloqueo institucional; la tercera razón es el fortalecimiento de la judicatura y de su independencia; y la cuarta, es la transición a constituciones sustantivas, que permiten una amplia interpretación de las cláusulas constitucionales para invalidar decisiones legislativas y gubernativas contrarias al texto constitucional. Para el caso de Colombia agrega una quinta causa: la debilidad de los movimientos sociales tanto por una tradición histórica de movimientos sociales débiles, como por los riesgos que enfrentan líderes y activistas en el contexto de violencia que aún pervive en el país.<sup>1110 1111</sup>

---

<sup>1107</sup> *Ibíd.*

<sup>1108</sup> Rodrigo UPRIMNY, “La judicialización de la política en Colombia: Casos, potencialidades y riesgos”, *Revista Sur* N° 6, Año 4, 2007.

<sup>1109</sup> *Íd.*, p. 60-61.

<sup>1110</sup> *Íd.*, p. 61-62.

<sup>1111</sup> Pese a que ya se celebró un acuerdo de paz con las Farc, la violencia contra líderes sociales persiste, al parecer porque el lugar que dejó este grupo armado está siendo ocupado por grupos de paramilitares y otros grupos guerrilleros que aún siguen activos. De acuerdo con la Deutsche Welle, en 2017 alrededor de 120 líderes sociales fueron asesinados en el país, mientras que medios nacionales como RCN informaron

En el mismo sentido se expresa Víctor Abramovich<sup>1112</sup>, pues en su criterio las causas del traslado de centros de decisión son la debilidad de las instituciones democráticas de representación y el deterioro de los espacios tradicionales de mediación política y social, lo que ha resultado en que la esfera judicial además de ser un espacio de resguardo de derechos civiles y políticos se haya convertido en un *mecanismo de participación en la esfera política*. Explica este autor:

“es precisamente a través de la instancia judicial que ciertos actores sociales demandan al Estado, fiscalizan o impugnan sus decisiones y dialogan o confrontan con sus diferentes instancias y con los demás protagonistas del conflicto. El acceso a la jurisdicción actúa de este modo como un *mecanismo de participación en la esfera política*, que reemplaza o complementa el deterioro de otros canales institucionales propios del juego democrático.”<sup>1113</sup> (Énfasis añadido)

Se puede indicar de acuerdo con lo anterior, que la jurisdicción constitucional entonces se convierte en terreno político de dos formas: indirectamente con el planteamiento de casos individuales, y directa, si se trata de una estrategia de litigio de alto impacto, en especial si son casos de tipo estructural como se indicó antes, pues en esta situación el litigio suele ser o bien una estrategia de desbloqueo institucional, o bien una forma de reforzar los avances y conquistas obtenidas en el plano político. En este último escenario debido a que la sola sanción de una norma jurídica no asegura su implementación y cumplimiento<sup>1114</sup>.

En este sentido resultan pertinentes las consideraciones del CELS cuando pone de manifiesto que la esfera judicial desarrolla en este contexto varias funciones especialmente relevantes para los movimientos sociales y el litigio estratégico<sup>1115</sup>:

---

que entre 2016 y mediados de 2017 fueron asesinados más de 180, y alrededor de 500 líderes sociales y defensores de derechos humanos han sido amenazados. <http://www.dw.com/es/m%C3%A1s-de-120-l%C3%ADderes-sociales-asesinados-en-2017-denuncian-organizaciones-sociales-colombianas/a-41070848> y <http://www.noticiasrcn.com/nacional-pais/mas-180-lideres-sociales-han-sido-asesinados-colombia-el-ultimo-ano-y-medio-defensoria> respectivamente.

<sup>1112</sup> Víctor ABRAMOVICH, “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, Op. Cit., p. 11.

<sup>1113</sup> *Ibíd.*

<sup>1114</sup> *Íd.*, p. 25-26. Abramovich ejemplifica esta situación con el caso Asociación Benghalensis, en el que un colectivo defensor de los derechos de las personas con VIH/Sida interpuso un amparo colectivo ante la Corte Suprema de Justicia Argentina para obligar al ejecutivo a cumplir con la Ley del Sida en cuanto a la obligación de suministro de medicamentos. Dicha Ley fue producto de una fuerte campaña de incidencia política de los mismos grupos que interpusieron el amparo colectivo.

<sup>1115</sup> CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES, *La lucha por el Derecho*, Op. Cit., p. 26.

1. Tradicionalmente es un espacio de resguardo de los derechos fundamentales.
2. Sirve como mecanismo de transmisión de demandas sociales al Estado.
3. Funciona como dispositivo de fiscalización y/o de impugnación de las decisiones de los órganos políticos del Estado.
4. Se convierte en un espacio para dialogar o confrontar a las diferentes instancias gubernamentales y otros protagonistas del conflicto.

Como se observa, razones políticas y sociales han revitalizado el rol del poder judicial, pero ello no debe entenderse como un justificativo para que las cortes invadan las esferas de acción de los otros poderes públicos y se abroguen competencias que no les corresponden. Y entonces ante la total inactividad de los otros poderes ¿cómo deberían proceder? Indica el CELS que los jueces no pueden suplir la inactividad de los otros poderes públicos, pero tampoco pueden permanecer pasivos ante violaciones de derechos, por lo que en casos limitados estaría justificada su actuación de manera amplia:

“La garantía y efectividad de los derechos reconocidos a través de políticas públicas depende de actividades de planificación, previsión presupuestaria e implementación que por naturaleza corresponden a los poderes políticos, siendo limitados los casos en los que la justicia puede suplir la inactividad de aquéllos. Sin embargo, aun en estos casos, veremos que los márgenes de actuación de la magistratura son variados y que han tendido a resguardar la órbita de acción de los demás poderes del Estado.”<sup>1116</sup>

Como se verá más adelante, bajo ciertas condiciones las cortes pueden suplir la inactividad de los otros poderes públicos, pero sin suplantarlos. Esto teniendo en cuenta que los cambios constitucionales del Siglo XX y XXI han supuesto un tránsito, al menos teóricamente, de constituciones y democracias formales a sustanciales, en virtud de las cuales cobra relevancia el principio de colaboración armónica de los poderes públicos y se presentan en consecuencia cambios en la forma de construir y ejecutar políticas públicas.

Estos nuevos modelos constitucionales rompen con la concepción clásica y estricta de la división de los poderes públicos, pues introducen derechos fundamentales, limitan los poderes, ponen el Estado al servicio de las personas, les permiten a estas

---

<sup>1116</sup> Íd., p. 49 y 50.

incidir en las decisiones que les afectan e introducen esquemas de garantías secundarias para que ello ocurra.

Resulta natural entonces que con estos cambios la estructura normativa se desordene, y con ello, se pongan en tela de juicio las clásicas características del Derecho: unidad, plenitud y coherencia, pero simplemente lo que ocurre es un cambio de paradigma y la ampliación del campo de acción de los poderes públicos, por lo que se va a necesitar que estos actúen de manera complementaria y no excluyente.

Otra cuestión relacionada con la colaboración armónica y con el planteo judicial de conflictos públicos, es que van a existir dos formas de incorporar derechos sociales en las políticas públicas. Explica Domingo Lovera<sup>1117</sup> que ello ocurre:

1. En el diseño e implementación de las mismas. Por regla general el legislativo y la administración están solos en este momento y diseñan las políticas unilateral y discrecionalmente.
2. A través de la justiciabilidad. Los jueces constitucionales son un nuevo actor que acompaña al legislativo y a la administración, controlando su actuación en este tema.

El primer camino en palabras de Lovera, *no ha probado ser el más conveniente*<sup>1118</sup>, pues la cuestión de los derechos sociales es dejada en el camino y sustituida por la técnica económica y la planificación. Además en algunos casos ha ocurrido que se le deja de considerar derecho y se convierte en *graciosa concesión*<sup>1119</sup>.

---

<sup>1117</sup> Domingo LOVERA, “Políticas públicas y derechos sociales. En busca de un lugar adecuado para las cortes”, en Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo Yaksic y César Rodríguez (eds.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Op. Cit., p. 285 a 287.

<sup>1118</sup> Íd., p. 286.

<sup>1119</sup> Lovera indica un ejemplo de Chile, en el que se condicionó el acceso a derechos fundamentales a unas familias beneficiarias de ciertos planes sociales, a cambio de cierto esfuerzo personal. Sin entrar a debatir de nuevo sobre la fundamentación de los derechos fundamentales, ni en las concepciones *duty-based* / *right-based*, se debe recordar que este tipo de condiciones son inaceptables en materia de derechos fundamentales, pues el Estado no puede excusarse de cumplir sus deberes sobre la base de que el titular no cumplió con las obligaciones que le asistían de conformidad con las condiciones del programa. Cuestión diferente será la utilidad o no de implementar acciones para recuperar la capacidad de agencia de las personas, en especial de las más desfavorecidas de una sociedad, pero condicionar el acceso a los derechos fundamentales es más bien un chantaje y los convierte en privilegios.

En este sentido vale recordar la advertencia hecha por el profesor Ansuátegui, pues cuando solo unos cuantos tienen asegurado el acceso a determinados bienes o la satisfacción de ciertas necesidades, los derechos se transforman en privilegios. Francisco Javier ANSUÁTEGUI, “Argumentos para una Teoría de los derechos sociales”, Op. Cit., p. 59.



En un sentido similar se expresa Laura Pautassi. La autora sostiene que cuando el Estado solo actúa a través de políticas y programas aislados para otorgar derechos sociales solo a ciertos grupos de personas, y no los trata como derechos universalizables para la población, se genera y amplía el clientelismo. Describe además la paradoja que produce hablar de derechos en las políticas públicas para enfrentar el fenómeno de las marginaciones sociales, cuando en verdad lo que subyace es una *retórica de los derechos*:

“el presupuesto de partida es la presencia de una fuerte retórica de derechos, disociada del efectivo goce de los derechos o del contenido material de las normas, o por efecto de desajustes entre las normas y sus objetivos.

Dichos desajustes permiten la incorporación de una ‘retórica’ de los derechos, entendida como enunciados justificatorios de las políticas sociales, pero no siempre relacionados con los estándares de derechos humanos que efectivamente deben ser incluidos, promoviendo una pérdida de vinculación entre las políticas, las prácticas institucionales sustantivas y el ejercicio de derechos ciudadanos por parte de los destinatarios de dichas políticas.”<sup>1120</sup>

Se deben tener entonces presentes las advertencias de Lovera<sup>1121</sup> y Pautassi<sup>1122</sup>. El primer autor advierte el peligro de la absolutización del rol de las cortes, pues que estas se autoproclamen como las únicas capaces de interpretar la constitución y por ende excluyan una o cualquier política, por considerar que no se ajusta a su interpretación constitucional, es poner en riesgo la democracia.

La segunda autora reconoce, al igual que otros doctrinantes, que es innegable que los jueces se han posicionado como un nuevo actor en el proceso de formación de la política pública, por lo que enfatiza en la necesidad de que no descuiden la asimetría que existe en el acceso a la justicia de los distintos estratos sociales, pues ello podría suponer la diferencia entre reforzar las marginaciones o prescribirlas, y esta divergencia en el acceso a la justicia podría a la vez generar procesos de clientelismo judicial.

Retomando el tema sobre las formas en que se construyen y ejecutan las políticas públicas, se debe indicar sobre el segundo camino, es decir el judicial, que este se da a través de las facetas que asume la revisión judicial y el papel de las cortes; para ello

---

<sup>1120</sup> Laura PAUTASSI, “La exigibilidad de derechos en contextos de marginación social. El lugar de la política pública”, en Laura Pautassi y Gustavo Gamallo (dirs.), *¿Más derechos, menos marginaciones? Políticas sociales y bienestar en la Argentina*, Buenos Aires, Biblos, 2012.

<sup>1121</sup> Domingo LOVERA, “Políticas públicas y derechos sociales...”, Op. Cit., p. 294 y 295.

<sup>1122</sup> Laura PAUTASSI, “La exigibilidad de derechos en contextos de marginación social...”, Op. Cit., p. 290.



Lovera plantea una tipología de tres clases posibles de cortes según su actuación<sup>1123</sup>:

1. La corte deferente
2. La corte razonable
3. La corte activista

La primera se caracteriza por mostrarse respetuosa y ceder a las actuaciones de los otros poderes públicos, lo que de manera moderada es aceptable en virtud del respeto a la democracia, pero cuando es una deferencia excesiva contribuye a la acumulación de poder y a la opresión de las personas marginadas del proceso político<sup>1124</sup>.

La segunda se distingue por actuar de manera atemperada, pues interviene buscando no romper el equilibrio en las cargas públicas que las personas deben soportar, pero corrigiendo las desviaciones u olvidos de las políticas públicas que afectan gravemente a las personas, en especial si pertenecen a colectivos vulnerables o históricamente discriminados, pues analiza los diferentes casos de acuerdo con circunstancias concretas<sup>1125</sup>.

La tercera es aquella que lleva su actividad hasta el extremo de la cuestionabilidad, pues actúa de manera tan amplia en la interpretación de derechos y en la imposición de remedios judiciales, que genera dudas sobre si está o no entrometiéndose en la labor de los otros poderes públicos<sup>1126</sup>.

La adopción de uno u otro modelo de actuación no es una decisión absoluta o excluyente, pues una misma corte puede haber actuado de manera deferente en unos casos, mientras que en otros fue activista<sup>1127</sup>, por ello no se puede decir *a priori* que alguno de los modos de actuación es completamente inaceptable, por cuanto existirán diversas circunstancias que exigirán diversas formas de fallar; por ejemplo, no se puede analizar de igual manera un caso en el que vulnera el derecho a la educación de una persona discapacitada por total falta de políticas públicas sobre discapacidad y educación, que por una cuestión de falta de políticas públicas sobre la movilidad en

---

<sup>1123</sup> Domingo LOVERA, “Políticas públicas y derechos sociales...”, Op. Cit., p. 305 a 318.

<sup>1124</sup> Íd., p. 305

<sup>1125</sup> Íd., p. 309 y ss.

<sup>1126</sup> Íd., p. 314

<sup>1127</sup> Íd., p. 306 y 308. Lovera ejemplifica la cuestión con la Corte Suprema en Chile, que fue *deferente* al negar el amparo constitucional a varias personas con VIH a quienes se les negaron retroantivirales a los que por ley tenían derecho, pero fue *activista* al derribar la política pública de la píldora del día después.

medios de transporte público.

La tipología resulta bastante simplista si se la contrasta con las explicaciones de Gerardo Pisarello en la primera parte de este capítulo, por tal razón, se presentarán en el próximo apartado precisiones adicionales que permiten hacerse una mejor idea sobre cuáles son las actuaciones judiciales más garantistas de los derechos sociales, y que además son respetuosas de la división de poderes en los sistemas democráticos.

De momento no se puede negar que la balanza parece inclinarse hacia la corte razonable de la tipología de Lovera, pues parece ser la que guarda mejor el equilibrio entre la defensa de los derechos fundamentales y el ejercicio de la actividad de los demás poderes públicos, pero para poder determinar si el modelo de actuación es aceptable o no, se debe tener claridad sobre los tipos de control que realizan las cortes o tribunales en cuanto a derechos sociales. Indica el CELS<sup>1128</sup> que estos serían los siguientes:

1. Control procedimental: para verificar que se haya tenido en cuenta la participación de terceras personas que podrían resultar afectadas por las leyes, normas o actos de la administración. Aquí se encuentran por ejemplo los mecanismos de consulta previa a comunidades indígenas que deben agotar los Estados. Además, este tipo de control puede versar sobre el acceso a la información pública para el control previo de las políticas que serán adoptadas, por ejemplo, contratos de concesión de servicios públicos o proyectos a ser financiados por organismos como el Banco Mundial o el FMI.

2. Control sobre la implementación de las políticas: los tribunales actúan como guardianes de la ejecución de las medidas.

3. Control de las políticas públicas a la luz de estándares constitucionales: se examina si estas cumplen con los estándares de razonabilidad, adecuación, no discriminación, progresividad y no regresividad y transparencia<sup>1129</sup>. Esto no debe confundirse con que el poder judicial pueda determinar que otra mejor política podría haberse adoptado, piénsese por ejemplo en el establecimiento de una política pública de subsidios al alquiler de vivienda para las personas de bajos ingresos y no en la construcción de viviendas.

---

<sup>1128</sup> CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES, *La lucha por el Derecho*, Op. Cit., p. 51 y ss.

<sup>1129</sup> *Id.*, p. 100

4. Control de omisión: debido a la total falta de determinación de la forma de proteger un derecho fundamental (leyes o políticas públicas), el poder judicial, de manera excepcional, asume la elección de la medida y la conducta debida. Pero esto es visible en casos en que se “verifica la existencia de una única medida de política pública adecuada – es decir, la inexistencia de alternativas para satisfacer el derecho en cuestión –, y ordena realizarla”<sup>1130</sup>; por ejemplo, “adecuar las estaciones de ferrocarril a fin de que sean accesibles para personas con movilidad reducida.”<sup>1131</sup>

Otro ejemplo de esta última posibilidad sería el de la Sentencia N° T-406-92 de la Corte Constitucional Colombiana, en la que se ordenó a Empresas Públicas de Cartagena la terminación del acueducto en el barrio Vista Hermosa, pues la no conclusión de las obras y la puesta en funcionamiento sin las condiciones técnicas requeridas generaba el desbordamiento de aguas negras y estaba causando graves problemas de salud a los habitantes del barrio.

Se puede concluir entonces que la actuación de las cortes en la protección de derechos sociales tiene una gran cantidad de variables que deben tenerse presentes, no se trata simplemente, como sostienen los críticos, de que este tipo de derechos no son exigibles por vías judiciales, o que hacerlos valer es actuar de manera ilegal e irracional pues los jueces deben estar apartados por completo de los temas políticos.

Resulta relevante en este sentido la práctica de emitir sentencias bilaterales o deliberativas, o *justicia dialógica* como se le conoce en la actualidad a este fenómeno<sup>1132</sup>, como una forma creativa en que la judicatura ha salvado la dificultad de imponer remedios judiciales que equivalgan a desplazar al legislativo y a la administración. Este tipo de sentencias son el resultado de ampliar la forma en que se realizan los juicios, para incluir un diálogo con los otros poderes públicos, y no únicamente dictar un fallo actuando solo a partir del propio criterio de los tribunales.

Gerardo Pisarello explica que este tipo de actuaciones se debe a un cambio de concepción en el papel de la jurisdicción, pues, y refiriéndose al caso específico de los tribunales constitucionales, estos son los “custodios del carácter progresivo, deliberativo e incluso del principio democrático”<sup>1133</sup>, por lo que ya no actuarán unilateralmente

---

<sup>1130</sup> Íd., p. 218

<sup>1131</sup> Ibíd.

<sup>1132</sup> Este tema se presentará más adelante.

<sup>1133</sup> Gerardo PISARELLO, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Op. Cit., p. 67 y 68.

corrigiendo los yerros de los órganos políticos, por ejemplo, retirando del sistema jurídico las normas inconstitucionales, sino que ahora colaborarán con aquellos “de una manera no necesariamente condescendiente, en la reparación de dichas actuaciones (u omisiones)”<sup>1134</sup>.

Esta forma de llevar a cabo los procesos jurisdiccionales y emitir sentencias incluye medidas como las siguientes<sup>1135</sup>:

1) Recolectar información relevante sobre el caso, a través de peritajes, informes, u otro tipo de mecanismos, para identificar a las víctimas de la vulneración de derechos y establecer su situación.

2) Realizar audiencias en las que las partes y otros interesados (*amici curiae*) puedan aportar argumentos de relevancia pública.

3) Exhortar a los poderes públicos a encontrar i) soluciones concretas, de corto plazo, para los casos más urgentes y los colectivos vulnerables, y ii) de diseño de programas de largo plazo.

4) Realizar seguimiento de los fallos para asegurar su efectividad, por ejemplo, a través de la fijación de cronogramas de cumplimiento.

Visto lo anterior, se superan los argumentos en contra de la intervención judicial en la defensa de derechos sociales, bien por considerarla imposible, bien por creer que en todos los casos representa una intromisión indebida en la labor de los órganos políticos. Esto además porque, como se demostró en los anteriores capítulos, existen otros mecanismos no judiciales para la exigibilidad de estos derechos, tanto a nivel nacional como internacional.

Se puede concluir entonces que el activismo judicial no es solo un fenómeno de iniciativa exclusiva de los jueces constitucionales, sino que también la sociedad civil es un factor que se debe tener en cuenta a la hora de analizar el tema. No es en últimas una cuestión de *jueces activistas* sedientos de protagonismo público, aunque puedan existir casos, sino más bien se trata de un fenómeno de insatisfacción social en el que la misma sociedad ha canalizado sus demandas políticas por este cauce.

Es importante entonces aclarar que una cosa es reconocer los efectos positivos en el desarrollo de derechos sociales a partir de la efectividad y acierto de algunas sentencias de tribunales activistas progresistas, y otra muy diferente, aceptar a ciegas y

---

<sup>1134</sup> *Ibíd.*

<sup>1135</sup> *Íd.*, p. 69. La enumeración se apoya en el trabajo de Gerardo Pisarello, sin reproducirlo exactamente.

sin cuestionamientos que los jueces suplanten al legislador en todo tiempo y lugar. Esto último equivaldría a negar prácticamente uno de los pilares del Estado de Derecho. Por ello, y con razón, explica el mismo Gerardo Pisarello que:

“Defender la posibilidad de que los derechos sociales puedan ser tutelados por los tribunales no supone postular que sean los jueces quienes diseñen las políticas públicas o quienes decidan el destino del grueso de las partidas presupuestarias. Simplemente supone admitir que, al igual que ocurre con los derechos civiles y políticos, la constitucionalización de un derecho equivale al reconocimiento de una esfera de indisponibilidad material para los poderes públicos, que no pueden actuar ni dejar de actuar si con ello vulneran el contenido del derecho establecido en la constitución o en el derecho internacional de los derechos humanos. Negar la discrecionalidad absoluta de los poderes públicos, incluido el legislador ordinario, cuando lo que está en juego son derechos civiles, políticos y sociales básicos, no supone defender una concepción restrictiva del principio democrático. Todo lo contrario: supone reconocer que estos derechos, de manera indivisible e interdependiente, son la condición material indispensable para la operatividad del principio democrático y para su profundización en el tiempo.”<sup>1136</sup>

Como se verá más adelante, el activismo judicial progresista enfocado en remedios fuertes ha demostrado no solo ser invasivo de la esfera legislativa, sino también poco eficaz en la práctica, por ello, la solución está en revisar caso a caso las circunstancias alrededor de la exigibilidad jurisdiccional, y tener presente además el nivel de intensidad de la laguna normativa de la que adolece la norma jurídica que contiene el derecho en litigio.

#### **4.2.2 Respuestas judiciales, activismo judicial progresista y sus límites**

Se indicó en el tercer capítulo que existen posturas que confunden la existencia de lagunas jurídicas en las normas sobre derechos sociales con la total imposibilidad de determinar su contenido, y sostienen por ende que la intervención jurisdiccional en la protección de estos derechos equivale a una injerencia antidemocrática y usurpadora de funciones del poder Legislativo. He ahí uno de los factores que contribuyen a este tipo de críticas simplistas, pues, como también se indicó atrás, no debe relacionarse de manera automática la justiciabilidad con modelos particularmente intensos o fuertes de

---

<sup>1136</sup> Gerardo PISARELLO, “La justiciabilidad de los derechos sociales: realidad y desafíos” en *Sociedad y Utopía. Revista de Ciencias Sociales*, N° 34, 2009, p. 159.

adjudicación, aunque en ocasiones estos lleguen a ser necesarios. Recordando las explicaciones de Nicolás Espejo<sup>1137</sup> mencionadas en el tercer capítulo, pueden existir al menos tres respuestas de los jueces a esta situación:

- 1) La mera declaración de la violación de un derecho social;
- 2) la declaración de la violación del derecho y la solicitud al Estado de adopción de medidas:
  - a) sin especificar cómo y sin fijar un plazo determinado;
  - b) sin especificar cómo, pero obligando a actuar dentro de un plazo determinado; y
- 3) la declaración de la violación identificando las medidas específicas que deben ser adoptadas y en qué plazo.

En sentido similar se expresa Víctor Abramovich<sup>1138</sup> cuando explica que existen cuatro posibles tipos de intervención de los jueces en la verificación de estándares jurídicos en el diseño y ejecución de políticas públicas relacionadas con la garantía de derechos económicos, sociales y culturales, y derechos civiles y políticos: (1) la transformación de medidas de política pública asumidas por el Estado en obligaciones legales; (2) examen de la compatibilidad de la política pública con un estándar jurídico como la razonabilidad, adecuación, no discriminación, progresividad /no regresividad, transparencia, etc.; (3) valoración del tipo de medida que se debe adoptar, por lo general en estos casos suele haber solo una medida adecuada; (4) la declaración de que la omisión del Estado es ilegítima pero sin disponer medidas de reparación.<sup>1139</sup>

---

<sup>1137</sup> Nicolás ESPEJO YAKSIC, “Derechos sociales, republicanism y Estado de Derecho: un modelo de justiciabilidad”, Op. Cit., p. 162

<sup>1138</sup> Víctor ABRAMOVICH, “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, en *Revista Estudios Socio-jurídicos*, N° 9 (número especial), Universidad del Rosario, Bogotá, 2007 p. 9-33.

<sup>1139</sup> *Id.*, p. 17-25. Abramovich usa como ejemplos de los primeros tres tipos de intervención los casos Viceconte, Grootboom y Beviacqua: el caso Viceconte ocurrió en Argentina, el gobierno había decidido asumir la fabricación y suministro de una vacuna contra una enfermedad endémica y epidémica, pero el cronograma se encontraba muy retrasado por lo que los beneficiarios podrían ver deteriorada su salud; aquí los jueces se limitaron a hacer cumplir la política pública, transformándola en obligación legal. En Grootboom la Corte Constitucional de Suráfrica determinó que la política de vivienda desarrollada por el gobierno era irrazonable por no proveer de soluciones inmediatas a las personas más vulnerables. Por último, en el caso Beviacqua la vida de un niño enfermo de la médula dependía del suministro de un medicamento específico, pero que no podía ser pagado por sus padres. Como se puede observar, solo dicha medida era la pertinente para salvaguardar los derechos del niño.

Lo anterior permite inferir que el tipo de medida que deberán adoptar los jueces entonces dependerá de la intensidad de la laguna normativa y de la situación social o estructural en el goce de derechos. Es sin embargo importante recalcar que el primer tipo de respuestas judiciales en la tipología de Nicolás Espejo, la mera declaración de la violación del derecho, resulta ineficaz y antigarantista desde cualquier punto de vista, pues incluso tratándose de una laguna primaria o deóntica<sup>1140</sup>, no tendría objeto que una persona gane su litigio en estrados judiciales, ya que no habrá remedio efectivo a su situación.

Piénsese por ejemplo en un caso de violación al mínimo vital del derecho a la salud de una persona de escasos recursos económicos, de qué le serviría para su vida cotidiana contar con el respaldo de una sentencia que solo declara que el Estado ha violado su derecho, a lo sumo tendría la posibilidad de iniciar otro caso para reclamar una indemnización, pero ¿en dónde queda la protección de su dignidad humana? ¿Y la eficacia de las acciones constitucionales para proteger derechos fundamentales?

No comparto completamente la postura de Abramovich sobre este aspecto, pues para él: “Aun en casos en los que la sentencia de un juez no resulte directamente ejecutable, cabe resaltar el valor de una acción judicial en la que el poder judicial declare que el Estado está en mora o ha incumplido con obligaciones asumidas en materia de derechos económicos, sociales y culturales.”<sup>1141</sup> Sin embargo, se debe reconocer su acierto cuando acota que este tipo de sentencias podrían ser útiles para las demandas ante instancias internacionales, pues el Estado ha sido *puesto en mora* y ello permite satisfacer el requisito de agotamiento de instancias nacionales<sup>1142</sup>.

Entonces, para respetar los postulados del Estado de Derecho y de la protección de la dignidad humana de las personas, solo serían aceptables las respuestas judiciales 3 y 2 (de la tipología de Espejo Yaksic), pero claro está, dependiendo de los contextos de cada caso. En ese orden de ideas, la tercera respuesta, declaración de la violación y determinación de medidas y plazo, sería aceptable solo en el supuesto de que no exista lugar a dudas sobre cuál es el remedio adecuado.

---

<sup>1140</sup> Ver el segundo capítulo del presente documento, en especial el apartado *Tipología(s) de Luigi Ferrajoli: garantías primarias y secundarias*.

<sup>1141</sup> Víctor ABRAMOVICH, “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, Op. Cit., p. 25.

<sup>1142</sup> *Id.*, p. 27.

Ejemplos de este tipo de actuación serían el caso Beviacqua antes citado, asimismo, lo podría ser una sentencia judicial que declara la violación de la gratuidad de la educación primaria, anula la norma que permite el cobro de tasas de matrícula y mensualidades en las escuelas públicas y ordena la devolución de lo indebidamente pagado; también podría pensarse en la expropiación indebida de las herramientas de trabajo de alguna persona, o inclusive de su vivienda sin el respeto del debido proceso.

Ahora bien, esta respuesta resultaría inadecuada en contextos en los que la violación de determinados derechos se deba a lagunas primarias –expectativas sin imperativos–, o incluso sí existiendo normas jurídicas, hay una total carencia de políticas públicas que las hagan operativas. En esta situación la experiencia de la Corte Constitucional colombiana permite hacerse una idea sobre cómo solucionar esta dificultad a la hora de hablar de justiciabilidad, pues en cuatro casos paradigmáticos, las sentencias T-153/98, T-700/99, T-025/04 y T-760/08, adoptó tres diferentes posturas (tomando en cuenta las posibilidades 2 y 3 mencionadas por Espejo Yaksic) para dar respuesta a casos que involucraban lagunas y graves fallas estructurales en el cumplimiento de derechos sociales de diversos grupos de personas.

El estudio de estos casos, de acuerdo con las investigaciones de César Rodríguez y Diana Rodríguez<sup>1143</sup>, permiten identificar fácticamente la existencia o no de activismo judicial a partir de tres elementos de la sentencia: (i) el contenido sustantivo - declaración fuerte o débil sobre el contenido de los derechos sociales, (ii) las medidas judiciales - órdenes fuertes o moderadas, y (iii) mecanismos de seguimiento, fuerte o débil, de las sentencias; dependiendo de la combinación de estas variables se obtendrán diferentes efectos de los fallos: pequeños, moderados o grandes.

Es especialmente relevante la propuesta de estos autores en el terreno del seguimiento del cumplimiento de las sentencias, pues de acuerdo con los hallazgos de

---

<sup>1143</sup> Los autores presentan su investigación en los siguientes textos: César RODRÍGUEZ GARAVITO y Diana RODRÍGUEZ FRANCO, “Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia”, en Christian COURTIS y Ramiro ÁVILA SANTAMARÍA (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, p. 321-374; *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2010; *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Siglo Veintiuno Editores/ Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Buenos Aires, 2015; César RODRÍGUEZ GARAVITO, “El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”, en Roberto GARGARELLA (comp.) *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2014, p. 211-244.



sus investigaciones, se trata del punto ciego de la justiciabilidad de esta clase de derechos (e inclusive de otros), pues por regla general los tribunales cesan sus funciones al dictar sus providencias y se olvidan, o no tienen la capacidad institucional para hacerles seguimiento, con lo que menguan de manera significativa los efectos esperados de la intervención judicial, por más activista que esta se pudiera considerar.

En lo que Rodríguez denomina *primera ola de activismo*<sup>1144</sup>, y que coincide con el final de los años 90 del Siglo XX, se encuentran las Sentencias T-153/98 de la Corte Constitucional de Colombia (en lo sucesivo CCC) sobre hacinamiento en los establecimientos carcelarios y la Sentencia C-700/99 con la que se declaró la inconstitucionalidad del sistema UPAC de financiación de vivienda a largo plazo (en un contexto de crisis económica y de préstamos hipotecarios que afectaba gravemente el derecho a la vivienda). En estos casos la Corte optó por un *activismo detallado y directo*<sup>1145</sup> pues: se trató de las primeras veces en que determinó que existía un *estado de cosas inconstitucional*<sup>1146</sup>, además impartió órdenes precisas y perentorias a las entidades públicas involucradas para superar la situación.

Por ejemplo, en la T-153-98 ordenó al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Departamento Nacional de Planeación elaborar en el término de 3 meses “un plan de construcción y refacción carcelaria tendente a garantizar a los reclusos condiciones de vida dignas en los

<sup>1144</sup> César RODRÍGUEZ GARAVITO y Diana RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social...*, Op. Cit., p. 37.

<sup>1145</sup> César RODRÍGUEZ GARAVITO y Diana RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social...*, Op. Cit., p. 37. Señalan que esto también ocurrió por ejemplo en Estados Unidos, con “fallos igualmente ambiciosos y polémicos [que] ordenaron reformas estructurales en el sistema educativo, de vivienda y de prisiones, entre otros”, p. 36.

<sup>1146</sup> El estado de cosas inconstitucional es una figura que utiliza la Corte Constitucional de Colombia desde 1997 con la Sentencia SU-559 de 1997, en casos en que la omisión del legislador o la falta de una política pública generan en la práctica el desconocimiento sistemático de los derechos fundamentales de amplios grupos de personas, es, en resumen, un estado de cosas contrario a los mandatos de la Constitución.

En palabras de la Corte esta figura se usa: “con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general -en tanto que afectan a multitud de personas-, y cuyas causas sean de naturaleza estructural - es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional.” Énfasis añadidos (Sentencia T-153-98 párr. 53).

penales”<sup>1147</sup>; además, les ordenó también “la realización total del plan de construcción y refacción carcelaria en un término máximo de cuatro años, de conformidad con lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones.”<sup>1148</sup>; mientras que en la sentencia T-700-99 (del 16 de septiembre de 1999) declaró inexecutable los artículos del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) que estructuraban el sistema UPAC, y ordenó al Congreso sustituirlo con uno nuevo antes del 20 de junio del año 2000, fecha en que terminarían la ultraactividad de las normas declaradas inconstitucionales en esta sentencia manipulativa (de efectos diferidos)<sup>1149</sup>.

De acuerdo con la investigación de Rodríguez y Rodríguez, pese al fuerte activismo en las órdenes judiciales de la CCC en estos casos, su impacto fue limitado “debido al intento contradictorio de las cortes de dictar órdenes muy detalladas y rígidas por un lado, sin establecer mecanismos viables y eficaces de seguimiento de sus fallos, por el otro.”<sup>1150</sup> Este sería entonces el caso de la declaración de la violación, identificando las medidas específicas que deben ser adoptadas y en qué plazo, y como se dijo atrás, resulta no ser el más adecuado en contextos de fallas estructurales, pues lesiona el funcionamiento de las instituciones democráticas ya que hay un desplazamiento de los centros de decisión política, conlleva a las cortes un alto costo político, pero no genera cambios sociales tan fuertes como se esperaba<sup>1151</sup>.

De una revisión del sistema de la relatoría de la CCC se puede concluir que el seguimiento a la Sentencia T-153-98 fue tan débil que ni siquiera se realizó seguimiento formal a través de autos, como sí ocurre con las sentencias de los otros dos casos restantes que se verán a continuación, y que el estado de cosas inconstitucional persiste hasta el día de hoy, pues en 2013, 2015 y 2017 se interpusieron acciones de tutela por la

---

<sup>1147</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-153-98, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>

<sup>1148</sup> Ibid.

<sup>1149</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-700-99 en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-700-99.htm>

<sup>1150</sup> César RODRÍGUEZ GARAVITO y Diana RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social...*, Op. Cit., p. 36.

<sup>1151</sup> Aunque en honor a la verdad, el caso del UPAC representó una enorme diferencia para familias que estuvieron a punto de perder sus casas por no poder asumir los exagerados intereses que se causaban con este sistema de financiación.

misma causa.<sup>1152</sup>

Es importante indicar que Libardo José Ariza<sup>1153</sup> no está de acuerdo con este aspecto de la investigación de Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, pues en su criterio: (i) no se debe incluir la situación de las personas privadas de la libertad dentro de los casos de litigios estructurales de Desc, pues estas están en una *relación especial de sujeción* al Estado, que las coloca en casi total dependencia e incapacidad de gestionar ciertos derechos por sí mismas, lo que implica que sus Desc serían de realización y exigibilidad inmediata, a diferencia de la progresividad que caracterizaría el goce de estos mismos derechos para otros grupos de personas; (ii) en este caso el seguimiento no fue tan determinante para los efectos, pues las órdenes de la CCC sí se cumplieron; y (iii) justamente porque se cumplieron, los efectos fueron enormes, pero no en el sentido *pro derechos fundamentales* que se esperaría, sino todo lo contrario, pues tanto el INPEC como el Departamento de Planeación desarrollaron el plan ordenado y se procedió a la ampliación de la infraestructura carcelaria con lo que se aumentó la *oferta de cupos* en establecimientos penitenciarios, existentes y nuevos<sup>1154</sup>.

El problema, según explica Ariza, es que este aumento de cupos solo sirve para fortalecer el *statu quo*, es decir la política criminal y carcelaria neoliberal vigente de *más prisión* (que desconoce los factores sociales de la criminalidad y ha demostrado ser ineficaz), y no coincide con el mejoramiento del goce de derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. En sus palabras: “Paradójicamente, la Corte asume la voz de las ‘personas marginadas por la sociedad’ para ordenar la construcción de más y mejores cárceles donde encerrarlas.”<sup>1155</sup>

Esta expansión ha producido efectos indeseados en cuanto a derechos fundamentales, pues en vez de mejorar su goce, la modernización administrativa y de infraestructura carcelaria han contribuido a empeorarlo. Señala Ariza que organismos

---

<sup>1152</sup> Sentencias T-388/13, T-762/15 y T-197/17 de la Corte Constitucional de Colombia. En cuanto a la Sentencia C-700-99 sobre el sistema de financiación UPAC no es posible verificar un seguimiento pues se trataba de una acción pública de inconstitucionalidad y no de varios casos de acción de tutela sobre el mismo tema, aunque sí los hubo durante ese período de tiempo.

<sup>1153</sup> Libardo José ARIZA, “Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas presas y la intervención de la Corte Constitucional en el sistema penitenciario colombiano”, en Daniel Bonilla, edit., *Constitucionalismo del Sur Global*, Op. Cit., p. 169-204.

<sup>1154</sup> *Id.*, p. 198. Indica Ariza: “se desencadenó un proceso de ampliación del sistema penitenciario que dio como resultado la generación de 24.210 cupos en once nuevos establecimientos penitenciarios.” (énfasis añadido)

<sup>1155</sup> *Id.*, p. 194.

como la Defensoría del Pueblo y una Misión de Naciones Unidas indicaron que los tratos crueles persisten y que los servicios básicos continúan siendo inadecuados:

“La Misión de Naciones Unidas observó que en la Cárcel de Valledupar se presentan ‘tratos crueles a los internos como golpizas por parte del personal de guardia’, y que esta prisión presenta ‘servicios básicos inadecuados, incluyendo la contaminación fecal de los alimentos y unos servicios de atención médica insuficientes e inadecuados’. Recientemente, la Defensoría del Pueblo recomendó el cierre del Anexo de Mujeres de la Cárcel de Valledupar ‘mientras se adecúa la infraestructura física, en especial, las celdas, las instalaciones sanitarias, las áreas para la visita íntima y los sitios de recepción’.”<sup>1156</sup>

Además, agrega Ariza, la CCC se enfocó más en solucionar el estado de cosas inconstitucional desde el problema de infraestructura de las cárceles, que desde el sufrimiento de las personas, lo que implica haberse aproximado a la situación desde un panorama demasiado amplio y que no permitía dar el detalle que en verdad se requería. Esto es visible por ejemplo con un efecto inmediato y simbólico del fallo judicial: la aceptación de que las personas privadas de la libertad deben soportar estoicamente las condiciones inhumanas de reclusión hasta tanto se haya reformado el sistema.<sup>1157</sup> En este caso, sostiene el autor, paradójicamente lo que hubo fue una *intervención judicial estructural conservadora*<sup>1158</sup>, de la cual la doctrina no es consciente<sup>1159</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior se puede hacer una precisión de grado sobre las consideraciones de Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, la crítica de Ariza más que echar por tierra los hallazgos de estos dos autores, permite observar con un mejor enfoque la particularidad de la situación de los Desc para las personas privadas de la libertad, además sirve como recordatorio de los efectos indeseados del activismo judicial conservador (aún si es involuntario como parece ser el caso de la sentencia T-153-1998), de la invasión de las competencias de los poderes políticos y de la falta de debate democrático.

Por otra parte, las tesis de Rodríguez y Rodríguez en cuanto a los efectos y al seguimiento de esta sentencia (ver adelante tabla N° [21](#)) se pueden reconducir en el sentido de que los efectos fueron pequeños en lo que atañe al goce de derechos

---

<sup>1156</sup> Íd., p. 200 (nota al pie 59).

<sup>1157</sup> Íd., p. 196.

<sup>1158</sup> Íd., p. 176.

<sup>1159</sup> Íd., p. 183.

fundamentales, pero en otros aspectos fueron grandes e indeseados, y que el seguimiento débil en el mejoramiento en el goce de derechos fue una variable que contribuyó a que la situación continuara casi igual o peor. Por último, es indudable que le asiste razón a la crítica de Ariza en cuanto al contenido sustantivo de la sentencia, pues no hubo una declaración fuerte de derechos, si así hubiese sido, algunas de las órdenes se hubieran impartido en clave de derechos, en especial Desc, y con la nota de inmediatez, por ejemplo con el traslado a establecimientos no carcelarios, o la liberación anticipada de algunas personas, pero no se hubiese tolerado que las personas siguieran soportando las condiciones de reclusión hasta que se realizaran los cambios de infraestructura requeridos.<sup>1160</sup>

En todo caso la propuesta teórica de Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco no pierde relevancia para el análisis que se viene realizando sobre los tipos de órdenes judiciales y el activismo judicial, pues permite evidenciar de mejor manera la relación que existe entre las diferentes variables de la construcción de las interpretaciones jurisprudenciales necesarias en materia de Desc, sus potencialidades y límites. Las críticas de Ariza enriquecen el debate y llaman la atención de manera poderosa sobre el énfasis que se debe dar desde el quehacer de la academia, de la justicia y de los poderes políticos a las condiciones diferenciadas que existen en el goce de Desc y de otro tipo de derechos fundamentales de personas privadas de la libertad.

El siguiente caso es el de la Sentencia T-760/08 sobre la crisis en el acceso al servicio de salud. En esta sentencia la CCC optó también por una postura de derechos fuerte, pero la diferencia es que los remedios ordenados en la sentencia fueron moderados. Sus órdenes no fueron tan detalladas y rígidas como en el caso de la sobrepoblación carcelaria, pero sí contenían mandatos claros y perentorios en cuanto a las órdenes de índole administrativa y los temas de política pública necesarios para superar el estado de cosas inconstitucional.

En general las órdenes de la CCC fueron de medios, no de resultados, y se enfocaban en obligar al gobierno (a través de dependencias como el Ministerio de Protección Social y la Comisión Nacional de Regulación en Salud), a formular un plan de contingencia para afrontar la posible quiebra del sistema de salud pública, crear

---

<sup>1160</sup> Si se observan las once órdenes de la CCC, ninguna alude en específico al goce de algún derecho, solo se enuncian de manera genérica expresiones como respeto de los derechos fundamentales y condiciones de vida dignas.

protocolos para atender las quejas de los pacientes y supervisar de manera más eficiente el funcionamiento de las entidades prestadoras del servicio.

Pese a que se trata de una sentencia de hace casi una década, la situación de mala prestación del servicio de salud pervive en el país, pues todavía no es cosa rara tener que acudir a la acción de tutela para obligar a las Entidades Promotoras de Salud a brindar servicios y prestaciones que están legalmente autorizados.

Sin embargo, la CCC conserva la competencia de seguimiento de las órdenes impartidas en la sentencia T-760-08, lo que ha repercutido positivamente en el desbloqueo institucional y el mejoramiento de coordinación en la Administración Pública, en especial para las personas y pacientes del Hospital San Francisco de Asís, II nivel de atención, de Quibdó, ubicado en el departamento de Chocó, uno de los más empobrecidos del país, quienes poco a poco reciben una mejor atención en salud con el mejoramiento de la infraestructura de este centro de atención, que se ha ido recuperando de manera paulatina con cada orden de seguimiento de la CCC desde que en 2014 la Defensoría del Pueblo le presentara una denuncia por incumplimiento de la Sentencia T-760-08 de parte de este establecimiento.<sup>1161</sup>

El seguimiento a la Sentencia T-760-08 puede considerarse del tipo débil, por cuanto se compone principalmente de órdenes de presentarle informes anuales, y de realizar inspecciones judiciales de conformidad con los avances de casos focalizados. Este tipo de seguimiento ha resultado no ser tan efectivo para los efectos de la garantía jurisdiccional, pues de conformidad con lo expuesto en el Auto 410/16 del 5 de

---

<sup>1161</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Auto 039/17 del 2 de febrero de 2017, Seguimiento a la sentencia T-760 de 2008, órdenes 16 y 29 en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2017/A039-17.htm> En el auto se incluye evidencia fotográfica del deterioro en que se encontraba el hospital y de las mejoras paulatinas que se han realizado, aunque se encuentran también *curiosidades* que denotan la falta de voluntad en el cumplimiento de los estándares de salud y de los fijados por la CCC, así por ejemplo, en el numeral 4.3.5. del auto se dice lo siguiente con relación a las deficiencias de infraestructura y el contraste entre las inspecciones judiciales de 2015 y 2016: “Paredes deterioradas (2015) / Algunas paredes pintadas el día anterior a la visita y otras en donde persisten las malas condiciones. (2016)” (énfasis añadido). En cuanto a la situación de radiología se expresa: “Adquisición por donación de nuevos equipos para servicios de imágenes diagnósticas. -Equipos de imagenología son de última tecnología. - Hospital no cuenta con un radiólogo. (2015) /Equipo de imágenes diagnósticas dañado (falta de mantenimiento al lente digitalizador). - Persiste falta de especialistas para manejo de Rayos X. (2016)”. Por último, para ejemplificar la situación y la desidia en el mejoramiento de las condiciones del hospital, se indica lo siguiente en el auto de seguimiento con relación al agua potable y manejo de aguas negras: “-Agua lluvia pasa por planta de tratamiento y se suministra para consumo humano aunque carece de condiciones óptimas de potabilidad. -Empozamiento al interior de las instalaciones, foco de insectos y malos olores (2015) / - Planta de tratamiento toma el recurso hídrico del río Atrato. -Planta no logra purificarla ni mucho menos potabilizarla. - Gerente del Hospital manifestó que ‘no recomendaban a los pacientes que consumieran el agua del lugar porque no saben el grado de potabilidad’ 2016 (énfasis añadido).”

septiembre de 2016, Seguimiento a las órdenes decimoséptima y decimoctava de la Sentencia T-760 de 2008: “existe un reiterado incumplimiento de los plazos establecidos en la sentencia T-760 de 2008 y la Ley 1438 de 2011 [pues] i) A pesar de que la providencia objeto de seguimiento indicó la necesidad de actualizar anualmente el POS, en el año 2010 no se llevó a cabo actualización alguna, lo que permitiría evidenciar un incumplimiento de este mandato por tal omisión.”<sup>1162</sup>

Se estaría entonces en esta sentencia ante la declaración de la violación del derecho y la solicitud al Estado de adopción de medidas, sin especificar cómo, pero obligando a actuar dentro de un plazo determinado; como se observa, se trata de medidas no invasivas del rol de los otros poderes públicos, pero su punto débil se encuentra precisamente en que un seguimiento débil le restó impacto a la decisión.

El último caso es el de la Sentencia T-025-04 del 22 de enero de 2004, sobre la situación de las personas internamente desplazadas por el conflicto armado. Esta sentencia, a diferencia de las dos anteriores, se caracteriza por una declaración de derechos sociales fuerte, órdenes judiciales moderadas y seguimiento fuerte, por lo que los resultados son también grandes (aunque falte aún muchísimo camino por recorrer ya que el país está en el proceso de implementación del acuerdo de paz con las Farc).

Este proceso se produjo debido a la insostenible situación que vivían las personas en situación de desplazamiento interno, pues entre 1999 y 2004 se presentó un altísimo número de casos, y las autoridades públicas no estaban preparadas para atender la emergencia humanitaria, ni las necesidades de este grupo de personas, que en su mayoría se movilizaban desde áreas rurales, contra su voluntad, para preservar su vida y la de sus familiares, dejando atrás su *modus vivendi* al llegar a las zonas urbanas, casi siempre para engrosar los cinturones de miseria y/o vivir prácticamente en condiciones de indigencia. Así, las personas perdían su vivienda, su trabajo, acceso a la educación, y hasta sus posesiones, y empezaban a sufrir afecciones a su salud por la deficiente alimentación y deplorables condiciones de vida que debían enfrentar.

En este fallo judicial la Corte Constitucional decidió declarar el *estado de cosas inconstitucional* debido al altísimo volumen de acciones de tutela que estaban presentando las personas internamente desplazadas, pues además de la falta de

---

<sup>1162</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Auto 410/16 del 5 de septiembre de 2016, Seguimiento a las órdenes decimoséptima y decimoctava de la Sentencia T-760 de 2008, párr. 11.2.1. en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2016/A410-16.htm>



preparación y de asignación de recursos, se convirtió en práctica frecuente de las entidades públicas solo brindar ayudas, subsidios y auxilios económicos a quienes hubieren presentado acciones de tutela. Así lo relató la CCC:

“En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas,<sup>[141]</sup> así como la constatación que se hace en algunos de los documentos de análisis de la política, de haber incorporado la acción de tutela al procedimiento administrativo como paso previo para la obtención de las ayudas.<sup>[142]</sup>

(...)  
<sup>[141]</sup> Este volumen se constata por el número de acciones de tutela interpuestas por los desplazados que han sido objeto de revisión por la Corte Constitucional hasta la fecha, por el número de expedientes acumulados al presente proceso que son representativos del tipo de problemas que enfrenta la población desplazada en todo el país, y por el total de acciones de tutela interpuestas por los desplazados contra la Red de Solidaridad desde 1999 hasta la fecha y que según el sistema de información de la Corte Constitucional supera las 1200.

<sup>[142]</sup> Tal es el caso de la asignación del auxilio de vivienda que hace el Inurbe, pues los recursos entregados corresponden exclusivamente a quienes interpusieron acciones de tutela. Ver Anexo 5 sobre las observaciones a la política pública respectiva.”<sup>1163</sup>

Para conjurar los efectos nocivos de esta situación la CCC dictó tres órdenes principales a las diversas autoridades públicas competentes del orden nacional y local, según explican Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco<sup>1164</sup>: (i) ordenó al gobierno formular un plan de acción para atender la emergencia humanitaria y superar el estado de cosas inconstitucional, (ii) ordenó a la administración calcular el presupuesto necesario para implementar el plan y determinar la mejor forma de invertir los recursos en los programas para la población desplazada, (iii) brindar de manera inmediata y garantizar la protección del mínimo vital de la mayoría de derechos básicos (alimentación, educación, atención en salud y suministro de medicamentos, tierras y vivienda) de este grupo de personas.

Es importante resaltar que en casi todas las órdenes estableció plazos perentorios para evitar que los efectos se diluyeran con la inacción estatal, por ejemplo, para la determinación de las condiciones necesarias para formular el plan de acción fijó un

---

<sup>1163</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-025-04 en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm> Se citan textualmente las notas al final del documento por la relevancia de la información presentada.

<sup>1164</sup> César RODRÍGUEZ GARAVITO y Diana RODRÍGUEZ FRANCO, *Juicio a la exclusión*, Op. Cit., p. 43.



plazo de alrededor de 2 meses (hasta el 31 de marzo de 2004) en los que el Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia debía:

“a. A más tardar el 31 de marzo de 2004, el Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia habrá de (i) precisar la situación actual de la población desplazada inscrita en el Sistema Único de Registro, determinando su número, ubicación, necesidades y derechos según la etapa de la política correspondiente; (ii) fijar la dimensión del esfuerzo presupuestal que es necesario para cumplir con la política pública encaminada a proteger los derechos fundamentales de los desplazados; (iii) definir el porcentaje de participación en la apropiación de recursos que corresponde a la Nación, a las entidades territoriales y a la cooperación internacional; (iv) indicar el mecanismo de consecución de tales recursos, y (v) prever un plan de contingencia para el evento en que los recursos provenientes de las entidades territoriales y de la cooperación internacional no lleguen en la oportunidad y en la cuantía presupuestadas, a fin de que tales faltantes sean compensados con otros medios de financiación.”<sup>1165</sup>

También se debe destacar que en esta sentencia la CCC realizó un claro ejercicio de justicia dialógica, pocas veces visto, al incluir a las organizaciones involucradas en la protección de derechos de las personas internamente desplazadas. Dictaminó la CCC: “c. Ofrecer a las organizaciones que representan a la población desplazada oportunidades para participar de manera efectiva en la adopción de las decisiones que se tomen con el fin de superar el estado de cosas inconstitucional e informarles mensualmente de los avances alcanzados.”<sup>1166</sup> Esto es visible por ejemplo en el numeral undécimo de la parte resolutive del auto de seguimiento 185/04 del 10 de diciembre de 2004:

**“Undécimo.- COMUNICAR** a la Comisión de Colombiana de Juristas, a la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, a CODHES, a la Mesa de Trabajo de Bogotá sobre Desplazamiento, a la Mesa Nacional de Desplazados y a la Asociación de Familias Desplazadas de Colombia el presente Auto en su integridad, para que se pronuncien sobre la idoneidad de las acciones realizadas por el Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, para acreditar el cumplimiento del ordinal quinto de la parte resolutive de la sentencia T-025 de 2004, el cual ordenó *‘que en un plazo máximo de 6 meses, contados a partir de la comunicación de la*

<sup>1165</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-025-04. Pese a lo anterior, era innegable que iba a tomar algún tiempo que las instituciones realizaran los reajustes necesarios para dar cumplimiento a las diferentes órdenes de la sentencia T-025-04, esto es visible en los autos de seguimiento, por ejemplo, en el Auto 178/05 del 29 de agosto de 2005 se relatan los sucesos ocurridos desde el momento del fallo judicial, indicando que en la audiencia de información llevada a cabo el día 29 de junio de 2005 las instituciones involucradas coincidieron en señalar que si bien no había un incumplimiento generalizado de lo ordenado en la sentencia que diera lugar a incidentes de desacato, el cumplimiento era bajo y se requería continuar avanzando en la implementación de las órdenes de la CCC. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Auto 178/05 del 29 de agosto de 2005, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2005/A178-05.htm>

<sup>1166</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-025-04.

*presente sentencia, concluya las acciones encaminadas a que todos los desplazados gocen efectivamente del mínimo de protección de sus derechos a que se hizo referencia en el apartado 9 de esta sentencia.’ La Corte Constitucional exhorta a dichas entidades para que envíen sus apreciaciones en la primera semana de febrero de 2005, a fin de que puedan ser tenidas en cuenta en la evaluación sobre el cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004.’”<sup>1167</sup>*

Si bien la implementación de la sentencia T-025-04 no ha concluido, se debe destacar la importancia que tuvo y sigue teniendo el seguimiento fuerte realizado por la CCC, pues al menos en el tema de los derechos básicos de las personas desplazadas internamente generó un profundo cambio de actitud de parte de las instituciones responsables; baste con ver las leyes de presupuesto para las vigencias fiscales 2016 y 2017 en las que se incluye un artículo expresamente referido al cumplimiento de la sentencia en mención.<sup>1168</sup>

Visto lo anterior es posible indicar, de acuerdo con la enumeración de Nicolás Espejo<sup>1169</sup>, que en el caso de esta sentencia se estaría entonces también ante la declaración de la violación del derecho y la solicitud al Estado de adopción de medidas, sin especificar cómo, pero obligando a actuar dentro de un plazo determinado; de nuevo, la CCC no invade con sus medidas el rol de los otros poderes públicos, y a diferencia de la sentencia T-760-08, el seguimiento es fuerte, lo que redundará en que los efectos sean grandes.

Es paradójico que el acierto jurisprudencial de esta sentencia de 2004 no se haya continuado en fallos posteriores, pues este es el ejemplo prototipo de justicia dialógica,

---

<sup>1167</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Auto 185/04 del 10 de diciembre de 2004, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2004/A185-04.htm>

<sup>1168</sup> COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1769 de 2015 y Ley 1815 de 2016 ambas en <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/vigencia-expresa-y-sentencias-de-constitucionalidad>  
En el caso de la Ley 1769 la norma es la siguiente: “**Artículo 56.** Las entidades responsables de la Atención Integral a la Población Víctima por la Violencia, del orden nacional, darán prioridad en la ejecución de sus respectivos presupuestos, a la atención de la población desplazada por la violencia, en cumplimiento de la Sentencia T-025 de 2004 y de sus Autos de Seguimiento proferidos por la Honorable Corte Constitucional.

Las entidades deberán atender prioritariamente todas las solicitudes de Ayuda Humanitaria de Emergencia y Transición constituyendo esta un título de gasto prevalente sobre las demás obligaciones de la entidad.”

La Ley 1815 de 2016 por su parte reza: “**Artículo 58.** Las entidades responsables de la Atención Integral a la Población Víctima por la Violencia, del orden Nacional, darán prioridad en la ejecución de sus respectivos presupuestos, a la atención de la población víctima del conflicto armado interno y en especial a la población desplazada por la violencia, en cumplimiento de la Sentencia T-025 de 2004 y de sus Autos de Seguimiento proferidos por la Honorable Corte Constitucional.

Las entidades deberán atender prioritariamente todas las solicitudes de Ayuda Humanitaria de Emergencia y Transición constituyendo esta un título de gasto prevalente sobre las demás obligaciones de la entidad.”

<sup>1169</sup> Nicolás ESPEJO YAKSIC, “Derechos sociales, republicanismo y Estado de Derecho: un modelo de justiciabilidad”, Op. Cit., p. 162

que resulta ser la más respetuosa de la división de poderes y promueve la colaboración armónica entre los distintos organismos y autoridades públicas, en contraposición a la justicia monológica, en la que los tribunales constitucionales imparten órdenes fuertes, sin escuchar a los otros poderes públicos y a las personas afectadas, en una suerte de sustitución indebida del parlamento y del gobierno, pues determinan las políticas que en su criterio resultan necesarias para realizar los derechos de las personas, pero que ha demostrado ser poco eficaz precisamente por la resistencia que generan. En consecuencia, se puede pensar razonablemente que este tipo de activismo es el que suele ser el blanco de críticas de diversos sectores académicos y políticos, y con razón, pues pese a las buenas intenciones que puedan tener tribunales activistas progresistas, existe evidencia que desalienta este tipo de ejercicios jurisprudenciales.

A continuación se presenta la tabla N° 21 en la que César Rodríguez resume las diferentes combinaciones entre declaraciones de derechos, órdenes judiciales, seguimiento y efectos de las tres principales sentencias presentadas sobre casos estructurales:

Tabla 21				
Comparación de las sentencias estructurales de la CCC				
	Derechos	Órdenes judiciales	Seguimiento	Efectos
<b>T-025/2004</b>	Fuertes	Moderadas	Fuerte	Grandes
<b>T-760/2008</b>	Fuertes	Moderadas	Débil	Moderados
<b>T-153/1998</b>	Fuertes	Fuertes	Débil	Pequeños

Fuente: César Rodríguez<sup>1170</sup>

Es posible concluir entonces que la combinación más favorable para la exigibilidad jurisdiccional de los derechos sociales, o ecuación si se prefiere, sería la actuación de los tribunales constitucionales a través de: la declaración fuerte de derechos, con órdenes judiciales moderadas y un seguimiento fuerte:

Derechos fuertes + órdenes moderadas + seguimiento fuerte = efectos grandes.
--

Esto teniendo presente que las otras combinaciones demostraron ser poco eficaces, o bien, invasivas de las competencias de otras autoridades públicas, y en

<sup>1170</sup> César RODRÍGUEZ GARAVITO, “El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”, Op. Cit., p. 236.

consecuencia, atentan contra la democracia y el Estado de Derecho.

Es importante mencionar que con este esquema no se pueden dimensionar factores que también influyen en la garantía de los derechos sociales desde la perspectiva jurisdiccional, tales como la resistencia ideológica y el tiempo necesario para lograr cambios sustanciales, pues tampoco debe pensarse que se trata de una *fórmula mágica* que resolverá en muy corto plazo los problemas de exigibilidad y realización de estos derechos, tal y como se pudo observar al revisar algunos de los autos de seguimiento de la sentencia T-025-2004, que dan cuenta de la casi década que ha tomado que las instituciones colombianas den cumplimiento al fallo<sup>1171</sup>.

#### 4.3 EXIGIBILIDAD POLÍTICA Y DEBER DE PROGRESIVIDAD

Se indicó en anteriores capítulos que una de las obligaciones de los Estados a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, es la de realizar progresivamente los derechos económicos, sociales y culturales. Esta surge específicamente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Pidesc) de 1966, aunque debe entenderse que es una condición lógica y connatural a todos los derechos fundamentales, piénsese por ejemplo en lo inaceptable de retroceder en derechos civiles y políticos como el derecho al voto para las mujeres.

Esto puede explicarse, indica Rodolfo Arango, por los principios que rigen el Estado de Derecho, entre ellos el de confianza legítima, de desarrollo pretoriano. Entidades como la Corte Constitucional colombiana han explicado que este consiste en el “respeto por parte de las autoridades estatales del marco jurídico o fáctico previamente creado para la satisfacción de derechos prestacionales.”<sup>1172</sup>. Si bien explícitamente lo indica el autor para derechos sociales, es aplicable a cualquier clase de derechos fundamentales, pues las personas no esperan que las autoridades estatales estén instituidas para violar sus derechos o actuar desconociendo el marco jurídico.

---

<sup>1171</sup> El caso argentino presenta similitudes en cuanto al tiempo necesario para implementar las medidas ordenadas por los jueces constitucionales, ver por ejemplo el caso Mignone sobre el derecho a votar de las personas privadas de la libertad sin condena. Víctor ABRAMOVICH, “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, Op. Cit., p. 23.

<sup>1172</sup> Rodolfo ARANGO, “La prohibición de retroceso en Colombia”, en Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 158.

En sentido similar se expresan Uprimny y Guarnizo<sup>1173</sup> cuando definen el principio de confianza legítima en términos de la expectativa que tienen las personas de que las autoridades mantengan las regulaciones existentes, y explican que la seguridad jurídica y los principios de confianza legítima y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos son inherentes a la idea misma de Estado de Derecho, pues si se protege la estabilidad normativa para la inversión económica, con mayor razón debe protegerse también a las personas y trabajadores/as con relación a sus derechos sociales.

El artículo Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Pidesc) introduce la obligación en los siguientes términos: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.” (Énfasis añadido)

Esta disposición ha sido interpretada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como órgano de tratado responsable de la supervisión del Pidesc y máxima autoridad de interpretación de dicho instrumento, en la Observación General N° 3 del año 1990. En el numeral noveno explica que la expresión *lograr progresivamente* hace referencia a que la realización de dichos derechos no puede darse en un breve período de tiempo, por lo que se requiere que los Estados desplieguen de manera paulatina sus acciones para conseguirlos.

En la Observación General no se hacen otras referencias más explícitas a la definición del concepto, por lo que es útil indicar la que ha dado la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), que resulta muy clara, sin que ello reste mérito a lo dicho en otras instancias o documentos como los Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

---

<sup>1173</sup> Rodrigo UPRIMNY y Diana GUARNIZO, “La prohibición de regresividad y la protección de los derechos sociales: un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar, (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T. IV Derechos Fundamentales y tutela constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México DF, 2008, p. 720-722 y 734.

Culturales de 1986<sup>1174</sup> o las Directrices de Maastricht sobre las violaciones de los derechos económicos sociales y culturales 1997<sup>1175</sup>.

La Asamblea General de la OEA entonces define la progresividad como: “[un] criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural”<sup>1176</sup>. Como se observa, la progresividad tiene una doble naturaleza: es una obligación positiva de los Estados a la luz del derecho internacional y es una herramienta de evaluación del avance o retroceso en el desarrollo de derechos fundamentales.

Ahora bien, de acuerdo con el enfoque asumido en el presente documento conviene plantear una reformulación del concepto en los siguientes términos: el deber de progresividad es una *garantía primaria*, que consiste en la obligación positiva que tiene el Estado de implementar de manera paulatina, y hasta el máximo de sus recursos, todas las condiciones necesarias para el disfrute de los derechos sociales en su territorio. Se trata entonces, en términos genéricos, de una *garantía primaria positiva*, y en específico reviste la calidad de *garantía institucional de tipo político y semi-político*.

Esta obligación asume dos tipos de prestación: una positiva inmediata y una positiva diferida. La primera se refiere al necesario nivel mínimo de goce de un derecho fundamental que se debe asegurar a las personas, y que nace de la fuerza jurídica de las

---

<sup>1174</sup> Los Principios de Limburgo son el resultado de un acuerdo académico, no son un instrumento de derecho internacional propiamente dicho, pero debido a su impacto y amplio acuerdo son una referencia obligada para los Desc, y se han constituido en *soft law*. En la introducción del propio documento se explica su naturaleza así: “Del 2 al 6 de junio de 1986, se reunió en Maastricht (Países Bajos), un grupo de distinguidos expertos de derecho internacional convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht) y el Instituto Urban Morgan para los Derechos Humanos de la Universidad de Cincinnati (Ohio, Estados Unidos). El propósito de la reunión era el considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como la cooperación internacional según lo dispuesto en la parte IV del Pacto.”

<sup>1175</sup> Con ocasión del 10º aniversario de los Principios de Limburgo en 1997 se reunieron de nuevo varias instituciones académicas, para discutir el carácter y la extensión de las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales y formular respuestas y soluciones apropiadas, y el producto, son las Directrices de Maastricht, que también hacen ahora parte del *soft law* sobre Desc.

<sup>1176</sup> Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05) Art. 5.1.

normas de derecho positivo<sup>1177</sup>. El Comité Desc ha reiterado en sus Observaciones Generales<sup>1178</sup> esta obligación, pues de otra forma se desnaturaliza el sentido del derecho respectivo. La segunda prestación se relaciona con los efectos que conlleva la temporalidad. Estos pueden entenderse a partir de la explicación de Christian Courtis<sup>1179</sup> de los dos sentidos complementarios de la progresividad:

1. La satisfacción plena de los Desc supone cierta gradualidad.
2. Progreso: la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los Desc.

El primero se refiere al paso del tiempo que se debe entender natural y necesario para la realización de estos derechos. El segundo, a la obligación efectiva que le asiste a los Estados de implementar constantemente medidas para lograr el goce de derechos, es decir, la no pasividad del Estado. Por ello indica el Comité Desc en el segundo numeral de la OG N° 3 que las medidas que deben adoptar los Estados deben ser (1) deliberadas, (2) concretas y (3) orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pidesc.

De acuerdo con lo anterior, la garantía primaria de progresividad de los derechos sociales reviste dos facetas, *la primera*, una realización inmediata del contenido esencial mínimo del derecho en cuestión; *la segunda*, la realización progresiva del mismo mediante la implementación constante de acciones encaminadas a desarrollarlo y ampliarlo.

Se debe tener presente también que este conjunto de *prestaciones positivas* va acompañado de *obligaciones negativas*, pues no tiene sentido que un Estado proteja la realización de un derecho, pero se olvide de ordenar a sus agentes que no interfieran con

---

<sup>1177</sup> Esta faceta ofrece muchos problemas para el contexto español en lo referido a los derechos sociales, pues la postura mayoritaria no los reconoce como derechos subjetivos, sino a lo sumo como derechos objetivos en razón de su consagración constitucional como principios rectores de la política social y económica. De acuerdo con lo expresado en anteriores capítulos, es posible salvar esta dificultad y defender cuando menos varias facetas de los derechos sociales que sí son exigibles de manera inmediata. Además, se debe tener presente que en la escala internacional estos constituyen derechos humanos a los que el Estado español se ha obligado en derecho internacional, en razón del Artículo 10.2 de la Constitución, y que están reforzados en virtud de la adhesión al mecanismo de denuncias individuales del Comité Desc que ya se encuentra en vigencia.

<sup>1178</sup> A modo de ejemplo se enuncian las siguientes observaciones generales: vivienda – OG N° 4 y 7; educación – OG N° 11 y 13; salud – OG N° 14.

<sup>1179</sup> Christian COURTIS, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios” en Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás*. Op. Cit., p. 8.



el goce del mismo. Por ello más adelante en este capítulo se presentará la otra cara de esta garantía, es decir, la prohibición de regresividad.

Ahora bien, teniendo en cuenta la clasificación presentada en el anterior capítulo, al ser el deber de progresividad una garantía política *de tipo legal material* (ver tabla N° 10 Garantías Políticas), se debe tener presente que la primera instancia en que se espera su respeto sería el de la formación de las leyes o la regulación de estas por parte del Ejecutivo, pero sería ingenuo esperar que esta garantía funcionara a la perfección, pues por una parte no es inusual que las leyes u otras normas de menor jerarquía contengan medidas regresivas y por otra, el contenido de algunos derechos y las prestaciones que los acompañan se han mantenido estáticos durante ya algún tiempo.

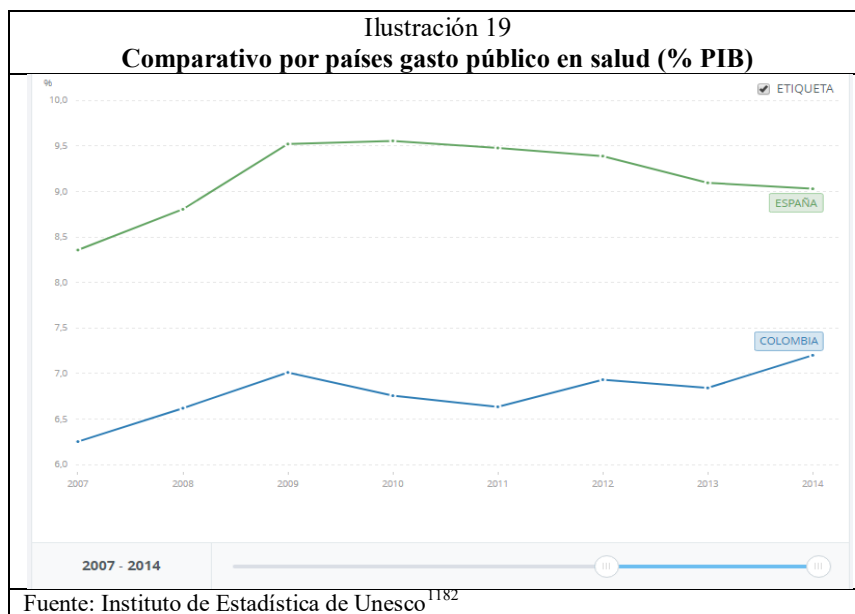
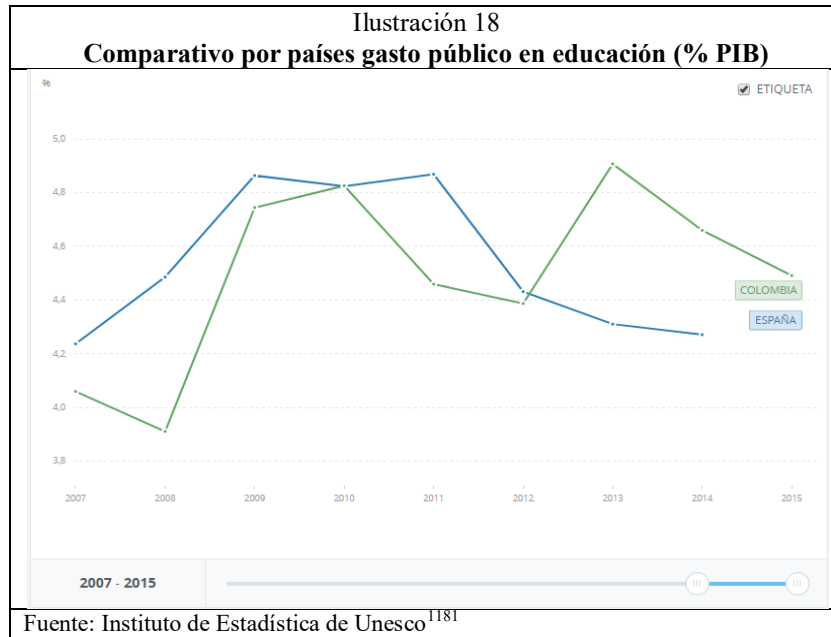
Para ejemplificar esta situación se indican a continuación los porcentajes del PIB de Colombia y España invertidos entre 2008 y 2015 para educación y salud:

Tabla 22 Porcentaje del PIB invertido en educación 2008-2015 - España y Colombia				
Año	Educación		Salud	
	Colombia	España	Colombia	España
2008	3,911%	4,486%	6,62%	8,805%
2009	4,744%	4,863%	7,012%	9,521%
2010	4,825%	4,823%	6,758%	9,556%
2011	4,459%	4,868%	6,636%	9,478%
2012	4,387%	4,431%	6,933%	9,389%
2013	4,907%	4,31%	6,843%	9,096%
2014	4,659%	4,271%	7,201%	9,03%
2015	4,491%	(no hay datos)	(no hay datos)	(no hay datos)
<b>Promedio</b>	<b>4,55%</b>	<b>4,58%</b>	<b>6,86%</b>	<b>9,27%</b>

Fuente: Instituto de Estadística de Unesco<sup>1180</sup>  
Elaboración propia

<sup>1180</sup> BANCO MUNDIAL, “Gasto público en educación, total (% del PIB)” en <https://datos.bancomundial.org/indicador/SE.XPD.TOTL.GD.ZS?end=2015&locations=ES-CO&start=2007> y “Gasto en salud, total (% del PIB)” en <https://datos.bancomundial.org/indicador/SH.XPD.TOTL.ZS>





Como se puede observar en la tabla y en los gráficos comparativos, la tendencia en gasto público en ambos países se mantiene de manera más o menos regular entre 2008 y 2014, no hay aumentos significativos sino que al contrario, luego de los *picos* en inversión de 2011 y 2013 en educación y de 2009 en salud hay una tendencia al recorte, que de hecho se mantiene y es más marcada para el caso de la educación en España desde 2011.

<sup>1181</sup> *Ibíd.*

<sup>1182</sup> *Ibíd.*

Esta tendencia se confirmaría al consultar el porcentaje de gasto público en salud para España en 2016, que solo invirtió 6,07% del PIB<sup>1183</sup> y en educación en 2015 que fue de 4.1% del PIB<sup>1184</sup>, lo que supone un recorte de alrededor de tres puntos (3,2) en el presupuesto de salud si se lo compara con el promedio 2008-2014 en que el promedio de inversión fue de 9,27% y de casi medio punto en educación (0.48).

Se puede concluir del análisis de estas cifras que, al menos porcentualmente hablando, los gastos de inversión de salud o sanidad se han mantenido sin variaciones significativas en ambos países desde 2008; lo mismo se podría concluir con relación a la educación para ambos países en el período 2008-2014, sin embargo, el dato de 2016 representa una variación muy significativa que permite evidenciar la regresividad de medidas en cuanto al caso de educación en España.

Por situaciones como la ejemplificada es que cobra relevancia la faceta reactiva de las garantías, es decir, las garantías secundarias. Teniendo presente que en el esquema de garantías políticas se incluyen las de *tipo legal material*, que engloban el respeto al contenido mínimo o esencial de los derechos, la no regresividad arbitraria y el deber de progresividad, junto con la prohibición de discriminación, principios de generalidad y universalidad de la ley, se esperaría que tanto el poder legislativo como el ejecutivo desarrollaran sus funciones respetando estos postulados, sin embargo, y reiterando lo dicho, en ocasiones ello no es así.

Por ello cuando no hay un cumplimiento voluntario de los obligados es preciso acudir a las garantías jurisdiccionales, en especial las de tipo constitucional, mediante las que se buscaría la anulación o retiro de normas jurídicas que desconozcan estos principios, o que para casos concretos restablezcan la situación de las personas en el goce de sus derechos, bien sea a través de acciones constitucionales o de otras acciones ante la jurisdicción ordinaria para el caso de Colombia, o del recurso preferente sumario (como amparo judicial ordinario) y el recurso de amparo constitucional (extraordinario y subsidiario)<sup>1185</sup> para España.

---

<sup>1183</sup> “Golpe a Sanidad y Educación: el gasto público en porcentaje del PIB cae a niveles históricos” en <http://www.eleconomista.es/economia/noticias/8333657/05/17/Golpe-a-la-Sanidad-y-Educacion-el-porcentaje-del-PIB-de-gasto-publico-caera-a-niveles-historicos.html>

<sup>1184</sup> “España es el quinto país de la UE que menos invierte en Educación, por detrás de Rumanía, Irlanda, Bulgaria e Italia” en [http://www.huffingtonpost.es/2017/08/28/espana-es-el-quinto-pais-de-la-ue-que-menos-invierte-en-educacion-por-detras-de-rumania-irlanda-bulgaria-e-italia\\_a\\_23187775/](http://www.huffingtonpost.es/2017/08/28/espana-es-el-quinto-pais-de-la-ue-que-menos-invierte-en-educacion-por-detras-de-rumania-irlanda-bulgaria-e-italia_a_23187775/)

<sup>1185</sup> Gerardo PISARELLO, “Derechos sociales y principio de no regresividad en España”, en Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás*. Op. Cit., p. 311.

Como se verá más adelante, dentro de las acciones constitucionales en Colombia existe una que presentaría unas características particulares con relación al deber de progresividad. Se trata de la acción de cumplimiento que nace con la finalidad de conminar a los poderes públicos, en especial al ejecutivo, a cumplir mandatos legales y actos administrativos.

Un ejemplo relevante de la exigibilidad jurisdiccional del deber de progresividad es la acción de cumplimiento interpuesta en 1998 por la Universidad Nacional de Colombia<sup>1186</sup> y fallada en 1999 en la sentencia con Radicación número: ACU-579 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado<sup>1187</sup>.

El rector de la Universidad presentó la acción contra el Gobierno Nacional (Presidente de la República, Ministro de Hacienda y Crédito Público y Jefe del Departamento Nacional de Planeación), para que se diera cumplimiento al artículo 86° de la Ley 30 de 1992<sup>1188</sup> en relación con los aportes presupuestales para la vigencia de 1998 mediante la presentación de un proyecto de ley de adición presupuesta, pues en vez de incrementarse como ordenaba la norma en cuestión había sido reducido.

En primera instancia el Tribunal Administrativo de Cundinamarca sostuvo que la acción era improcedente<sup>1189</sup>. Por su parte, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado analizó la cuestión y determinó que sí era procedente pues: “las prescripciones del art. 86 de la ley 30 de 1992, cuyo cumplimiento se demanda, no son una norma ordenadora de gasto sino criterios legales de orden presupuestal fundados en principios constitucionales y, por ende, tienen plena fuerza vinculante. Su desconocimiento implicaría que, a la postre, la universidad pública

---

<sup>1186</sup> El caso es mencionado por Reinaldo VILLALBA VARGAS, “Experiencia colombiana en materia de tutela y exigibilidad jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Octavio Cantón y Santiago Corcuera, (coords.), *Derechos económicos, sociales y culturales. Ensayos y materiales*, México DF, Porrúa /Universidad Iberoamericana, 2004, p. 257-258. Sin embargo, el autor no especifica ni el número de sentencia, ni otros detalles relevantes del caso.

<sup>1187</sup> COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, “Acción de Cumplimiento Expediente No. 245943 CE-SEC3-EXP1999-NACU579” del 11 de febrero de 1999, en <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>.

<sup>1188</sup> El segundo inciso del artículo reza: “Las universidades estatales u oficiales recibirán anualmente aportes de los presupuestos nacional y de las entidades territoriales, que signifiquen siempre un incremento en pesos constantes, tomando como base los presupuestos de rentas y gastos, vigentes a partir de 1993.” (Énfasis añadido)

<sup>1189</sup> En dicho momento no habían entrado en funcionamiento los juzgados administrativos, por lo que la primera instancia correspondía a los tribunales.

desaparezca bajo el peso de la asfixia económica, lo cual sería funesto para una sociedad que busca con desespero un destino mejor.”<sup>1190</sup>

Tuvo en cuenta dos criterios que orientaban el incremento nominal de los presupuestos: (i) que el presupuesto asignado a las universidades estatales año por año debe ser siempre creciente, y (ii) se debe mantener el poder adquisitivo de las asignaciones presupuestales con relación al año inmediatamente anterior. Estos criterios a la vez se deducen de los siguiente preceptos constitucionales que desarrollan el postulado del Estado social de derecho (en educación): principio de autonomía universitaria y del régimen especial para las universidades estatales establecido por la ley (art. 69 CN), del carácter prioritario del gasto público social en educación sobre cualquier otra asignación (arts. 350 y 366 CN), de la naturaleza de la educación como servicio público inherente a la finalidad social del Estado (arts. 67 y 365 CN) y del mandato de no disminuir el presupuesto de inversión en gasto público social con relación al año anterior (art. 350, inc. 3º CN).<sup>1191</sup>

Además, aclaró la entidad que con relación a la prohibición de ordenar gasto de la ley que regula la acción general de cumplimiento, y que se verá más adelante, se debería entender que “la prosperidad de la acción no significa ordenación de gasto, por cuanto éste ya había sido ordenado, pero en forma inapropiada, esto es sin el estricto cumplimiento de los criterios legales de apropiación”<sup>1192</sup> (énfasis añadido)

Es posible entonces sostener a partir del ejemplo presentado que en el ámbito colombiano existen garantías jurisdiccionales para el reforzamiento de los deberes jurídicos y políticos de los derechos sociales, pero claro está, dependiendo de las condiciones del caso en particular. Más adelante se ahondará en el estudio de esta acción en aras de proponer desde la academia su revitalización, pues la postura en general sobre su utilización es más bien pesimista. De momento corresponde continuar el análisis de las estrategias de exigibilidad nacional desde las posibilidades de estudio que supone la

---

<sup>1190</sup> COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Acción de cumplimiento ACU579, Op. Cit., p. 17.

<sup>1191</sup> *Id.*, p. 16 y 17. Sostuvo el Consejo de Estado: “Para un Estado que pretende consolidarse como Estado social de derecho, la educación pública superior constituye un pilar fundamental en la construcción de la nacionalidad, requisito indispensable para el desarrollo social y el crecimiento económico, espacio para la realización de valores democráticos y generador de oportunidades de justicia social. De allí que sería totalmente contrario a estos principios, que el presupuesto del Estado para sus propias universidades esté sujeto al arbitrio de quienes tienen la facultad asignar los recursos, ordenar y ejecutar el gasto”.

<sup>1192</sup> *Id.*, p. 22.

herramienta de los indicadores de derechos tanto para el deber de progresividad como para la prohibición de regresividad.

#### 4.4. INDICADORES DE DERECHOS HUMANOS

Una de las dificultades para determinar el avance, inactividad o retroceso de los Estados en materia de derechos ha sido cómo establecer de mecanismos objetivos de medición, más aún cuando ello plantea retos de investigación cuantitativa a juristas, por lo general poco o nada familiarizados con este tipo de enfoque; sin embargo, la experiencia del índice de desarrollo humano, parece haber sembrado el terreno para dejar de percibir la medición del cumplimiento de derechos humanos como algo temible o imposible.

Aunque el tema de indicadores para medición de derechos no es tan nuevo, pues estos se vienen utilizando desde los años 70 del siglo XX, fue desde 1990 cuando la ONU impulsó los esfuerzos por su utilización, primero desde la perspectiva del desarrollo con la presentación del Índice de Desarrollo Humano (IDH) en el Informe de Desarrollo Humano: Derechos Humanos y Desarrollo del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) de 1990<sup>1193</sup>, y luego con la consideración en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 de un apartado específico sobre aplicación y métodos de vigilancia en donde recogió esta inquietud y puso de manifiesto la necesidad de usar algún método para evaluar los progresos en materia de derechos económicos, sociales y culturales que realizan los Estados, en el párrafo 98 sugirió la implementación de un sistema de indicadores en los siguientes términos:

**“E. Aplicación y métodos de vigilancia. (...)”**

**98.** Para fortalecer el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, deberían examinarse otros métodos, como un sistema de indicadores para medir los avances hacia la realización de los derechos enunciados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel nacional, regional e internacional.”<sup>1194</sup> (Énfasis añadido)

---

<sup>1193</sup> Jesús GARCÍA CÍVICO, “¿Qué es un indicador de derechos humanos y cómo se utiliza?”, en *Derechos y Libertades*, N° 24, Época II, IDHBC, UC3M, Dykinson, Madrid, 2011, p. 181.

<sup>1194</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Declaración y programa de acción de Viena (documento A/CONF.157/23)”, del 12 de julio de 1993 en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/142/36/PDF/G9314236.pdf?OpenElement>

Un sistema de indicadores de derechos humanos es entonces una metodología de medición cuantitativa y cualitativa que permite establecer el nivel de disfrute de los derechos fundamentales, y los niveles de cumplimiento de las obligaciones de los Estados al respecto. Mikel Berraondo y Asier Martínez explican que los indicadores:

“Son medidas que ayudan a responder a la cuestión sobre cuánto o cuándo se han producido progresos para conseguir ciertos objetivos. Son datos que nos permiten evaluar o ser síntomas del comportamiento del Estado sobre si cumplen o no sus obligaciones en materia de derechos y en qué medida. Son herramientas metodológicas que facilitan una aproximación empírica a las obligaciones estatales en materia de derechos humanos, indicando en qué medida las instituciones del Estado avanzan, retroceden o se estancan en relación con estos objetivos sociales establecidos.”<sup>1195</sup>

Se debe tener presente que una diferencia fundamental entre los indicadores de derechos humanos y otros indicadores, explica Laura Pautassi,<sup>1196</sup> es que los primeros se enfocan en medir el avance en el cumplimiento del contenido de los derechos y no en el avance en el desarrollo socioeconómico, lo que en consecuencia implica que la unidad de medida sea diferente, pues se tendrán en cuenta es las obligaciones adquiridas por los Estados y que están contenidas en los diferentes instrumentos internacionales.

Los indicadores resultan ser entonces una importantísima herramienta para la formulación e implementación de políticas públicas; esto implica llevar a cabo una serie de pasos ordenados en su aplicación para lograr tanto los objetivos de medición, como los de transformación de la realidad, pues en última instancia para eso se establecen. De acuerdo con Ramiro Ávila<sup>1197</sup> estos pasos serían cuatro: (i) fijar objetivos, (ii) conocer la realidad, (iii) representar la realidad y (iv) transformar la realidad.

El autor citado enfatiza en la necesidad de completar el último paso, pues de lo contrario, la herramienta de medición por indicadores podría llegar a convertirse en un instrumento para reforzar el *statu quo* a partir de una representación tergiversada e incompleta de la realidad, y perdería su razón de ser como un medio para conocer mejor la realidad y mejorar la realización de los Desc.

---

<sup>1195</sup> Mikel BERRAONDO y Asier MARTÍNEZ, *La integración del enfoque basado en derechos humanos en las prácticas cotidianas*, Op. Cit., p. 101.

<sup>1196</sup> Laura PAUTASSI, “Evaluando el progreso, midiendo el cumplimiento de derechos. Indicadores de medición del Protocolo de San Salvador” en CEPAL e Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Seminario Internacional Indicadores de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y seguimiento de las políticas sociales para la superación de la pobreza y el logro de la igualdad*, Santiago de Chile, INDH, 2013, p. 47.

<sup>1197</sup> Ramiro ÁVILA SANTAMARÍA, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Doctrina, jurisprudencia y normativa*, texto inédito, en proceso de publicación, capítulo V.

En consonancia con lo anterior es pertinente mencionar que esta metodología ha aparejado dificultades tales como establecer los contenidos de lo que deben medir los indicadores (paso i de acuerdo con lo dicho por Ávila), así por ejemplo, en el sistema universal de protección de derechos humanos se la usa de manera cauta para las actividades de monitoreo, y esto bien puede deberse a las dificultades que plantea el relativismo cultural.

Esto es visible por ejemplo con lo que ocurrió con relación a los *Objetivos de Desarrollo del Milenio* del 2000 al 2015. La ONU estableció unos criterios y metas globales muy amplias, de forma tal que el consenso político alrededor de los mismos fuera generalizado. Dentro de sus ocho objetivos se encontraban: erradicar la pobreza extrema y el hambre, lograr la enseñanza primaria universal, promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer, reducir la mortalidad infantil, mejorar la salud materna, combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades, garantizar la sostenibilidad del medio ambiente y fomentar una asociación mundial para el desarrollo.

Como se puede ver se trata de objetivos muy loables, sin embargo, su traducción a derechos no fue tan clara y más bien se quedó en la perspectiva del desarrollo, que como se ha visto es incompleta y limitada<sup>1198</sup>, pues pone el énfasis en los actores económicos pero se olvida de las personas titulares.

Además, se debe revisar de manera exhaustiva y minuciosa las cifras presentadas como resultado de esta iniciativa, pues por ejemplo las cifras que reporta la ONU en cuanto al primer objetivo son las siguientes: “A nivel mundial, la cantidad de personas que viven en pobreza extrema se ha reducido en más de la mitad, cayendo de 1900 millones en 1990 a 836 millones en 2015. La mayor parte del progreso ha ocurrido a partir del año 2000.”<sup>1199</sup> Sin embargo, esta cifra genera sospechas cuando en países como Colombia se cambió la metodología de medición de la pobreza en el año 2011 luego de una asesoría de una *misión de expertos nacionales y organismos internacionales independientes*,<sup>1200</sup> así:

---

<sup>1198</sup> En este sentido ver por ejemplo Jesús GARCÍA CÍVICO, “¿Qué es un indicador de derechos humanos y cómo se utiliza?”, Op. Cit., p. 181.

<sup>1199</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe de 2015*, en [http://www.un.org/es/millenniumgoals/pdf/2015/mdg-report-2015\\_spanish.pdf](http://www.un.org/es/millenniumgoals/pdf/2015/mdg-report-2015_spanish.pdf) p. 4.

<sup>1200</sup> PORTAFOLIO, “Se considera pobre quien gana menos de \$ 187.079 mensuales” (nota del 3 de septiembre de 2011) en <http://www.portafolio.co/economia/finanzas/considera-pobre-gana-187-079-mensuales-133296>

“...un hogar de cuatro personas con un ingreso mensual total que supere los 748.316 pesos [216 euros] (24.944 pesos diarios) [7.21 euros] ya no es pobre, para lo cual bastará con que uno solo de sus miembros gane el equivalente a 1,4 salarios mínimos.

Igualmente, que una familia cuyos ingresos totales en el mes estén por encima de 334.324 pesos [97 euros] (11.144 pesos diarios) [3,22 euros] no estará en la extrema pobreza (indigencia) sino, a secas, en la pobreza.”<sup>1201</sup>

Mientras que para 2016 las cifras fueron las siguientes:

“Para 2016, la línea de pobreza en Colombia se fijó en \$241.673 [unos 70 euros], es decir que los hogares que están por encima de esta línea de ingresos no se consideran pobres. Según cifras del Dane, el 28% de la población colombiana tiene ingresos inferiores a esta cifra, lo que representa un aumento en 0,72% con respecto al 2015.

La línea de pobreza extrema se fijó en \$114.692 [33.18 euros], que representa el costo per cápita mínimo de la canasta básica de alimentos. Para 2016 la proporción de la población que estuvo por debajo de la línea de pobreza extrema o que se encontró en condición de ‘indigencia’ fue de 8,5%; en 2015 fue de 7,9%.”<sup>1202</sup>

Lo anterior permite inferir que cuando menos la metodología de cálculo ha sido usada de forma inconstante, para no llegar a la gravísima aseveración de que las cifras se han manipulado, para mostrar resultados a como dé lugar. Además, se debe tener presente que en 2010 en la página web de los Objetivos del Milenio se indicaba que los reportes de progreso de 2010 no eran nada alentadores, y los retrocesos y estancamientos se explicaban en la crisis financiera mundial<sup>1203</sup>, pero en el informe final de 2015<sup>1204</sup> no se hace mención a este tema, ni se explica cómo este fenómeno entorpeció el cumplimiento de las metas.

Esta breve revisión permite hacerse una idea de las dificultades que se pueden encontrar a la hora de determinar umbrales para realizar la medición estadística, pues además de la cuestión técnica es evidente que la fijación de indicadores puede ser realizada por organismos sin legitimación democrática, lo que puede afectar la forma en que se regula sobre el contenido de los derechos, en especial de los Desc.

---

<sup>1201</sup> *Ibíd.*

<sup>1202</sup> EL HERALDO, “Así está la pobreza en Colombia” (nota del 26 de Marzo de 2017) en <https://www.elheraldo.co/economia/asi-esta-la-pobreza-en-colombia-340595>

<sup>1203</sup> El reporte se encontraba en el siguiente sitio, que ya no existe: [http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/pdf/MDG\\_Report\\_2010\\_SP.pdf#page=13](http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/pdf/MDG_Report_2010_SP.pdf#page=13)

<sup>1204</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe de 2015*, Op. Cit.



Por ello es importante tener en cuenta criterios de organismos como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,<sup>1205</sup> que han venido realizando esfuerzos en la conceptualización e implementación de este sistema desde 2006, y estos están recogidos en los documentos: Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos (HRI/MC/2006/7) de 2006,<sup>1206</sup> e Informe sobre los indicadores para promover y vigilar el ejercicio de los derechos humanos (HRI/MC/2008/3)<sup>1207</sup>.

De acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el uso de indicadores se ha implementado en las labores del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Comité de Derechos Humanos, pues ambos revisaron sus directrices para la presentación de informes por los Estados partes, y ahora les solicitan que desglosen las estadísticas y los indicadores correspondientes a los derechos de ambos Pactos, teniendo en cuenta las directrices de la Oficina del Alto Comisionado<sup>1208</sup>.

Las funciones de la medición con indicadores que ha identificado este organismo son las siguientes:<sup>1209</sup> (i) vigilancia del cumplimiento - para presentación de informes y seguimiento de las recomendaciones de los órganos creados en virtud de tratados y procedimientos especiales y para el Examen Periódico Universal, (ii) vigilancia del desempeño de los Estados en la implementación de derechos, (iii) promoción de los derechos humanos y empoderamiento de la población, (iv) preparación de planes de acción de derechos humanos y planes de desarrollo nacionales, y (v) elaboración de presupuestos con perspectiva de derechos humanos.

---

<sup>1205</sup> Que paradójicamente no fueron tenidas en cuenta para la medición en el ejemplo mencionado de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, y parece que tampoco lo van a ser para el cumplimiento del nuevo programa de la ONU, Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) para 2030.

<sup>1206</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos (documento HRI/MC/2006/7)”, del 11 de mayo de 2006, en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/419/62/PDF/G0641962.pdf?OpenElement>

<sup>1207</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Informe sobre los indicadores para promover y vigilar el ejercicio de los derechos humanos (documento HRI/MC/2008/3)”, del 15 de mayo de 2008, en <http://undocs.org/es/HRI/MC/2008/3>

<sup>1208</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y la aplicación (documento HR/PUB/12/5)”, 2012, en [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Human\\_rights\\_indicators\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Human_rights_indicators_sp.pdf) p. 7. Los documentos en que cada comité adoptó estas regulaciones son los E/C.12/2008/2 y CCPR/C/2009/1.

<sup>1209</sup> *Id.*, p. 112-135.

Por su parte, el sistema interamericano de protección de derechos también está implementando el mecanismo de medición a través de indicadores, con la finalidad de que los informes de los Estados parte del Protocolo de San Salvador incluyan esta información. El proceso se inició en noviembre de 1999, cuando entró en vigencia dicho instrumento; para implementar el mecanismo de informes propio del sistema regional, en 2005 la Asamblea General de la OEA adoptó las Normas para la confección de los informes periódicos, documento AG/RES. 2074 (XXXV-O/05).

Este documento dispuso a la vez, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentara una propuesta de indicadores de progreso (Art. °3) para su eventual aprobación. Los lineamientos propuestos por la Comisión fueron aprobados por la AG de la OEA en julio de 2008 mediante el documento OEA/Ser.L/V/II.132. Posteriormente, la AG de la OEA consideró necesario designar un Grupo de Trabajo para analizar los informes periódicos de los Estados Partes del Protocolo de San Salvador y definir los indicadores de progreso necesarios para la construcción de los informes. El 8 de junio 2010 la AG de la OEA manifestó que el Grupo de Trabajo se encontraba integrado y operativo<sup>1210</sup>.

A partir de ese momento el Grupo de Trabajo (GT en lo sucesivo) se concentró en la elaboración de los indicadores de progreso, y decidió agrupar en dos a los derechos contenidos en el Protocolo: el primer agrupamiento incluye el derecho a la salud, seguridad social y educación, mientras que el segundo está integrado por el derecho al trabajo y derechos sindicales, el derecho a la alimentación adecuada, al medio ambiente sano y a los beneficios de la cultura.<sup>1211</sup>

Posteriormente el GT elaboró un nuevo documento de indicadores para el primer agrupamiento de derechos, que puso en consideración de los Estados y de las organizaciones de la sociedad civil, en un proceso de diálogo que enriqueció la metodología de medición. El documento revisado OEA/Ser.L/XXV.2.1 GT/PSS/doc.2/11 rev.2 (del 16 diciembre 2011) fue aprobado por la Asamblea General

---

<sup>1210</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Grupo de Trabajo para el Análisis de los Informes Nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador”, en <http://www.oas.org/es/cidh/desc/protocolodesc/>

<sup>1211</sup> OEA y GRUPO DE TRABAJO PARA EL ANÁLISIS DE LOS INFORMES ANUALES PREVISTOS EN EL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR, *Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”*, OEA, Washington, 2015, p. 2.

de la OEA el 4 de junio de 2012 con la signatura AG/RES. 2713 (XLII-O/12).<sup>1212</sup>

Un proceso similar se llevó a cabo para elaborar los indicadores del segundo agrupamiento de derechos y el documento definitivo OEA/Ser.L/XXV.2.1 GT/PSS/doc.9/13 (del 5 de noviembre de 2013) fue aprobado por la AG de la OEA el 4 de junio de 2014 con el número AG/RES. 2823 (XLIV-O/14).<sup>1213</sup>

Posteriormente el GT ha llevado a cabo cuatro períodos de sesiones en los que ha revisado los informes que le han presentado los Estados parte: el primero se celebró del 24 al 26 de febrero de 2015, el segundo del 14 al 16 de octubre y el 13 de noviembre de 2015, el tercero del 3 al 6 de mayo de 2016 y el cuarto del 18 al 20 de mayo de 2017.<sup>1214</sup> Ahora bien, debido a que el GT trabajaba estrechamente con la extinta Unidad sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y que recientemente se designó a la Relatora Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA)<sup>1215</sup>, se desconoce cómo la reestructuración afectará el funcionamiento del GT y los futuros períodos de sesiones.

Una vez vistos los rasgos generales del proceso de establecimiento de los indicadores de Desc en el sistema interamericano es pertinente abordar sus ejes y principales elementos, teniendo en cuenta que estos comparten características con los indicadores realizados desde Naciones Unidas por la Oficina del Alto Comisionado<sup>1216</sup>.

Los elementos centrales en el proceso de medición, según explica Laura Pautassi,<sup>1217</sup> son los estándares, los indicadores y las señales de progreso. Los primeros “refieren a una definición legal que incluye principios que son el resultado del proceso de interpretación de una norma o de un tratado internacional. Son declaraciones

---

<sup>1212</sup> Íd., p. 7 y 11.

<sup>1213</sup> Íd., p. 69 y 73.

<sup>1214</sup> OEA, “Protocolo de San Salvador: Grupo de Trabajo / Períodos de sesiones” en <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/grupo-trabajo.asp>

<sup>1215</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “CIDH selecciona a Soledad García Muñoz como Relatora Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA)” (comunicado de prensa del 5 de julio de 2017), en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/090.asp>

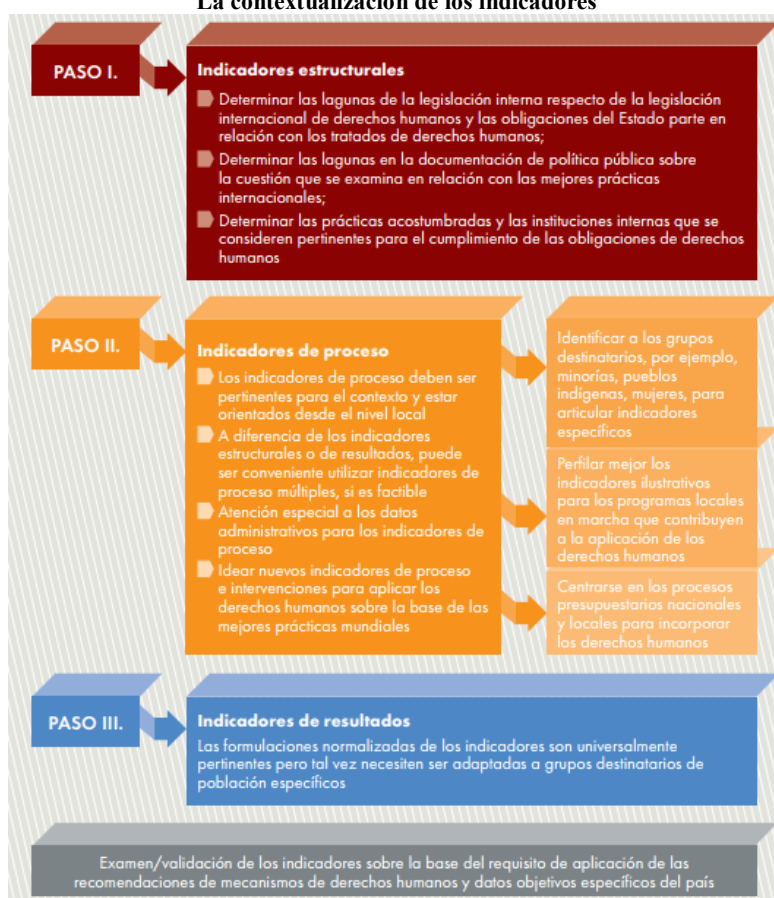
<sup>1216</sup> No se incluyen consideraciones sobre el sistema de indicadores en Europa, debido al enfoque específico en el sistema universal de protección de derechos humanos adoptado en el presente documento como característica que comparten Colombia y España; sin embargo, se debe indicar que la Unión Europea sí ha realizado esfuerzos para implementar esta metodología en sus acciones de monitoreo. Ver por ejemplo el trabajo de Eva-Maria HOHNERLEIN, “Sistema de indicadores y mecanismos de vigilancia en la Unión Europea”, en Víctor Abramovich y Laura Pautassi (comp.), *La medición de derechos en las políticas públicas*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010, p. 197 a 231.

<sup>1217</sup> Laura PAUTASSI, “Evaluando el progreso, midiendo el cumplimiento de derechos. ...” Op. Cit., p. 47-49.

fundamentales sobre el resultado deseado y no están diseñados para ser verificados directamente.”<sup>1218</sup> Los indicadores serían entonces las medidas cuantitativas de la aplicación de dichos estándares y por último, las señales de progreso serían el elemento empírico que complementa la medición con datos cualitativos.

En ambos sistemas, universal e interamericano, los indicadores que se monitorean son de tres tipos, estructurales, de proceso y de resultados. Los primeros miden la institucionalidad y nivel de organización de un Estado, tanto a nivel de organismos y oficinas responsables, como de legislación existente; los indicadores de proceso, miden los esfuerzos del Estado, es decir, evalúan la calidad, alcance y cobertura de las estrategias desplegadas, y a diferencia del primer grupo de indicadores, que se evalúa en términos de *sí o no*, estos requieren una base comparativa de referencia. Por último, los indicadores de resultados buscan medir el impacto de las medidas desplegadas. Ver a continuación el gráfico de la Oficina del Alto Comisionado:

Ilustración 20  
La contextualización de los indicadores



Fuente: Oficina del Alto Comisionado<sup>1219</sup>

<sup>1218</sup> *Id.*, p. 47-48.

<sup>1219</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS, “Indicadores de derechos

Estas categorías se complementan además con ejes transversales comunes a todos los derechos del Pidesc, que permiten medir la adecuada adaptación y el impacto de las medidas con criterios como el sexo y el género, discapacidad, edad, diversidad étnica y cultural, nivel de participación, entre otros, y se está abriendo paso el de aplicación del principio de rendición de cuentas. De acuerdo con las explicaciones de Ramiro Ávila,<sup>1220</sup> se trata de seis ejes: igualdad, no discriminación, acceso a la justicia, acceso a la información, participación política y no regresividad.

Para analizar y determinar los indicadores, las categorías se organizan en una matriz en la que se cruzan con otras tres categorías conceptuales para facilitar el análisis: i) recepción del derecho (y establecimiento de garantías); ii) contexto financiero y compromiso presupuestario, y (iii) capacidades estatales o institucionales (administrativas, técnicas, políticas, etc.).

Para hacerse una mejor idea sobre cómo se estructuran los indicadores de derechos en la medición de Desc se presenta como ejemplo a continuación una versión resumida de las matrices que estableció el GT del SIDH para los derechos a la seguridad social (primer agrupamiento) y al trabajo (segundo agrupamiento):

Tabla 23				
Ejemplo de indicadores de derechos sociales del SIDH				
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL		ESTRUTURALES	PROCESOS	RESULTADOS
<b>RECEPCIÓN DEL DERECHO</b>	<b>Indicador</b>	Ratificación por parte del Estado de los siguientes Tratados Internacionales que reconocen el derecho a la seguridad social: a. Pidesc b. CEDAW c. Convenio 102, OIT d. Convención sobre el estatuto de Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. e. Convención sobre el Estatuto de los apátridas de 1954 f. Convención Interamericana para la eliminación de todas formas de discriminación contra las personas con discapacidad, g. Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migrantes y sus familias, h. Declaración de Naciones	-Tiempo promedio de reconocimiento del derecho a pensiones o jubilaciones por condición de actividad y por sexo. - Porcentaje de la población asegurada por sistemas contributivos por sexo, etnia/raza y nivel educativo. - Porcentaje de la población cubierta por sistemas no contributivos por sexo, etnia/raza y nivel educativo. - Porcentaje de población afiliada a regímenes especiales por sexo, etnia/raza y nivel educativo. - Porcentaje de adultos mayores de 65 años cubiertos por programas de atención a la vejez por sexo, etnia/raza y nivel educativo	Tasa de población económicamente activa por sexo, edad, nivel educativo y quintiles de ingresos - Población cubierta por una pensión o jubilación por grupo de edad, sexo y quintiles de ingreso. - Porcentaje de población asegurada a un régimen contributivo, por sexo, edad y quintiles de ingreso. - Número de afiliados cotizantes al sistema de pensiones por sexo, edad y quintiles de ingresos - Total de subsidios al desempleo a personas no afiliadas a los sistemas contributivos.

humanos. Guía para la medición y la aplicación...”, Op. Cit., p. 96.

<sup>1220</sup> Ramiro ÁVILA SANTAMARÍA, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Doctrina, jurisprudencia y normativa*, texto inédito, en proceso de publicación. En el mismo sentido Laura PAUTASSI, “Evaluando el progreso, midiendo el cumplimiento de derechos. ...” Op. Cit., p. 51-52.

Tabla 23  
Ejemplo de indicadores de derechos sociales del SIDH

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL		ESTRUCTURALES	PROCESOS	RESULTADOS
		Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, entre otras.  - Incorporación en la Constitución Política (y/o constituciones estatales o provinciales) del derecho a la seguridad social. (...)		
	Señales de progreso		- Porcentaje de afiliados que perciben como satisfactorio el nivel de cobertura en seguridad social	
CONTEXTO FINANCIERO BÁSICO Y COMPROMISOS PRESUPUESTARIO	Indicador	- Formas de financiamiento del sistema de seguridad social: i) porcentaje de aportes a cargo de los empleadores y ii) porcentaje a cargo de los trabajadores formales; iii) porcentaje de financiamiento del Estado - Características y porcentaje de la administración del sistema otorgado a empresas privadas -Origen de los fondos extrapresupuestarios (créditos de organismos internacionales, endeudamiento, reservas, otros)	- Porcentaje total de recursos del presupuesto nacional asignados a seguridad social - Tiempo de licencia por maternidad y paternidad en semanas y por fuentes de financiamiento (sistema de seguridad social en su totalidad; el empleador en su totalidad; formas mixtas) (...)	
	Señales de progreso	- Existencia de estimaciones del costo fiscal de las reformas previsionales - Existencia de estudios y proyectos de reforma de los sistemas de seguridad social con enfoque de género, etnia y raza		
CAPACIDADES ESTATALES	Indicador	- Jerarquía y facultades de los organismos que gestionan la seguridad social	-Número de pensiones por invalidez otorgadas en el último año por sexo, edad, nacionalidad, condición jurídica (estatuto de refugiado o apátrida), quintiles de ingresos y lugar de residencia (...)	-Porcentaje de población sin cobertura en materia de seguridad social, por edad, sexo, por nacionalidad, condición jurídica (estatuto de refugiado o apátrida) condición de actividad, etnia y raza. (...)
	Señales de progreso	- Cobertura y alcance de políticas públicas de inclusión de los no afiliados al sistema de seguridad social	-Campanías de formalización del empleo no registrado llevadas a cabo por el Estado - Campanías oficiales en materia de prevención de riesgos del trabajo	
IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN	Indicador	- Requisitos de acceso al sistema de seguridad social (...)	- Base de cálculo de las prestaciones de seguridad social para varones y mujeres. (...)	- Población pensionada (jubilada) por sexo, edad, nivel educativo y por jurisdicciones. (...)
	Señales de progreso			
ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PARTICIPACIÓN	Indicador	Características y regularidad en la producción de información estadística en materia de seguridad social por sexo, etnia, raza, edad, nacionalidad, condición jurídica (estatuto de refugiado o apátrida) cobertura pública o privada, distribución territorial.	Reglamentación existente y tipo de control de la aplicación de medidas preventivas en riesgos profesionales y salud ocupacional. (...)	

Tabla 23				
Ejemplo de indicadores de derechos sociales del SIDH				
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL		ESTRUCTURALES	PROCESOS	RESULTADOS
	Señales de progreso	- Características, frecuencia, cobertura de campañas oficiales de difusión sobre los derechos a la seguridad social. (...)	Características de -portales de Internet, cobertura televisiva, ventanillas específicas- de la información brindada sobre derechos a los receptores de programas de cobertura graciable o no contributiva.	
ACCESO A LA JUSTICIA	Indicador	Instancias administrativas para radicar denuncias en materia de incumplimiento de obligaciones vinculadas al derecho a la seguridad social. (...)	- Número de denuncias relativas al derecho a la seguridad social recibidas (...)	
	Señales de progreso		Encuestas de satisfacción o percepción de los beneficiarios y usuarios respecto del sistema de seguridad social y de los programas de protección social (...)	

Fuente: OEA y GT<sup>121</sup>

Fuente: OEA y GT<sup>1221</sup>

Tabla 24			
Ejemplo de indicadores de derechos sociales del SIDH			
Categoría conceptual/Principio Transversal	DERECHO AL TRABAJO - Indicadores claves		
	Estructurales	Procesos	Resultados
<b>Recepción del derecho</b> (De qué manera se ha asimilado en la estructura del Estado, en las políticas públicas y en los resultados logrados el tema del trabajo como un asunto de derechos)	1. Consagración del derecho al trabajo en la Constitución. ¿Cuáles de las siguientes garantías contiene el derecho constitucional del trabajo en el país?: i) Condiciones dignas, justas y satisfactorias, ii) Salario mínimo y móvil, iii) Estabilidad en el empleo, iv) Capacitación, iv) Seguridad en el trabajo, vii) Promoción del pleno empleo, viii) No discriminación en el derecho al trabajo de las personas por razones de discapacidad, género, origen étnico u otros; ix) Protección de todo trabajo dañino en la niñez y la adolescencia.  (...)	1. Existencia de políticas públicas o programas en las siguientes áreas: a) Programas o políticas de eliminación del trabajo forzoso, b) Programas o políticas de Eliminación del trabajo infantil, c) Programas anti-discriminación por motivos étnicos, de género o por discapacidad en materia laboral; d) Programas de regularización de Trabajadores migrantes. e) Programas encaminados a prevenir y atender accidentes ocupacionales, incluidos lesiones, enfermedades y muerte. f) Programas encaminados a prevenir y sancionar el trabajo forzoso, incluidas las formas más graves de trabajo infantil, doméstico, migrantes y trata de personas.  (...) <b>Señales de progreso</b> - Impulso de medidas de acción positiva en materia de género, etnia, raza, personas con discapacidad y adolescentes trabajadores.	1. Tasa de trabajo infantil (% de niños, niñas y adolescentes entre 5 y 17 años ocupados sobre la población infantil en ese rango de edad).  2. Tasa de desempleo desagregado por sexo, edad, nivel educativo  3. Porcentaje de trabajadores asalariados frente al total de ocupados, desagregado por sexo.  4. Tasa de informalidad (% de los ocupados que no cuentan con un trabajo registrado y no se le aplican descuentos a salud y/o pensiones) desagregado por sexo y edad.  5. Proporción de trabajadores con empleo precario (% de los ocupados que ganan ingresos inferiores al salario mínimo) desagregado por sexo y edad. (...)
<b>Contexto financiero y</b>	1. % del presupuesto nacional	1. % de ejecución de los	1. % de la masa salarial

<sup>1221</sup> OEA y GRUPO DE TRABAJO PARA EL ANÁLISIS DE LOS INFORMES ANUALES PREVISTOS EN EL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR, *Indicadores de progreso (...)*, Op. Cit., p. 35-42.



<b>compromiso presupuestario</b> (qué tanto se ha reflejado el compromiso con el derecho en las decisiones financieras de los Estados)	asignado al Ministerio del Trabajo y/o Empleo.	recursos en los programas laborales (% de recursos ejercidos vs % del tiempo transcurrido de duración del programa. (...)	dentro del PIB. Participación de los ingresos del trabajo en la distribución funcional del ingreso (cuentas nacionales) (...)
<b>Capacidad estatal</b> (Qué tanta capacidad administrativa, técnica, política e institucional tiene el Estado para garantizar d. al trabajo)	1. Existencia de un Ministerio de Trabajo y/o Empleo. ¿En qué porcentaje de las regiones/departamentos/estados locales tienen oficinas?	1. % de avance en las metas de los programas relacionados con el derecho al trabajo en la Ley de Planeación o Plan de Desarrollo vigente (% de avance vs % del tiempo transcurrido de duración del programa) (...)	1. Empleos creados en los programas del gobierno por año y por sexo.  2. Tiempo promedio de duración en el desempleo (en días y desagregado por edades). (...)
<b>Igualdad y no discriminación</b>	1. Existencia de sanciones penales o civiles contra acciones de discriminación laboral en el ordenamiento jurídico.  2. Existencia de mecanismos administrativos o judiciales para enfrentar acoso laboral  (...)	1. % de casos de discriminación laboral resueltos frente al total de las denuncias interpuestas por sexo y origen étnico.  2. % de las entidades públicas que no cumplen con las cuotas de incorporación laboral (por sexo, por grupo etario, etc.) establecidas en la legislación.  (...)	1. Proporción de tasas de participación, desempleo, informalidad, ilegalidad salarial, exceso de horas de trabajo y subempleo para distintos sectores poblacionales (mujeres, jóvenes, personas con discapacidad, grupos étnicos, trabajadores rurales, etc.) en relación con estos mismos indicadores para el caso de la población en general y desagregados por sexo.+ (...)
<b>Acceso a la justicia</b>	1. Jueces pertenecientes a la jurisdicción laboral por cada 10.000 habitantes (desagregado por unidades político administrativas) y por sexo y edad. (...)	1. Número de entradas y salidas de causas en la jurisdicción laboral (nivel de resolución)  2. Tiempo promedio de duración de un proceso en la jurisdicción laboral. (...)	1. Niveles de vulneración a derechos en materia laboral no atendidos por instancias judiciales o administrativas (% de las víctimas que no acuden a ningún recurso judicial o administrativo) (...)
<b>Acceso a la información</b>	1. Existe una encuesta de hogares a nivel nacional para monitorear el funcionamiento del mercado laboral. ¿Cuál es su periodicidad?  (...)	1. Periodicidad con la cual se publican los principales indicadores del mercado laboral: mensual, bimensual, trimestral, semestral, anual., en versiones accesibles a las personas con discapacidad y en las lenguas más utilizadas en el país (...)	1. Número de usuarios del portal virtual público con información estadística y desagregación de los mismos por regiones, género, edad, discapacidad, migrantes, y otros.

Fuente: OEA y GT<sup>1222</sup>

Esta metodología permite evidenciar de mejor forma los avances o retrocesos en el cumplimiento de los Desc, pues obliga a los Estados a desagregar la información de manera detallada y en un lenguaje relativamente sencillo, lo que por una parte facilitaría el acceso de la sociedad civil y sus organizaciones a la información, y por otra, permite a las instituciones internacionales realizar un mejor monitoreo, pues se cuenta con información base contra la que comparar la situación del país respectivo.

Además, se debe tener presente que en las matrices se establecen un mínimo de acciones que los Estados deben llevar a cabo, con lo que se esperarí a futuro que existan avances, así sean lentos, en el desarrollo de los derechos sociales. Esto a la vez repercute en la exigibilidad de los Desc, pues se cuenta con argumentos empíricos para

<sup>1222</sup> Íd., p. 82-88.



seguir desmontando las creencias jurídicas erradas de que estos derechos son tan difusos y su contenido tan vago, que es prácticamente imposible hacerlos cumplir.

Si se miran los indicadores del derecho al trabajo desde la capacidad estatal, se puede encontrar que se trata de acciones que no pugnan con el margen de apreciación estatal ni con el Estado de derecho, sino que por el contrario lo refuerzan. El único indicador estructural en este caso, *Existencia de un Ministerio de Trabajo y/o Empleo. ¿En qué porcentaje de las regiones/departamentos/estados locales tienen oficinas?*, está pensado con una lógica de garantías institucionales, mientras que el indicador de resultado de esta misma categoría, *1. Empleos creados en los programas del gobierno por año y por sexo*, está pensado en términos de políticas públicas y programas de gobierno, es decir, de garantías primarias, y en ninguno de los casos se indica cómo, ni cuándo hacerlo, ni siquiera qué planta de personal deben establecer los Estados, con lo que cuentan con la suficiente libertad de acción para dar pasos hacia el cumplimiento de los Desc respetando el mandato de progresividad, pero sin confundirlo con una patente de inactividad.

Otro aspecto sobre la utilidad de esta metodología que debe tenerse en cuenta, además de lo dicho atrás, es que como los indicadores se utilizan para establecer el cumplimiento de las obligaciones estatales, en especial a nivel internacional, no son idóneos como mecanismo autónomo para la exigibilidad jurisdiccional de casos individuales o colectivos, pero ello no quiere decir que no tengan valor en escenarios judiciales y cuasi contenciosos, pues tanto en litigios nacionales, como ante organismos del sistema universal y regionales de protección de derechos humanos, resultan ser una valiosa fuente de pruebas y de información contextual que permite determinar si se trata de una situación generalizada de vulneración de uno o más derechos, e inclusive establecer la eficacia de un recurso para decidir sobre si era necesario o no agotarlo como requisito de procedibilidad.

Pero además de su valor probatorio para la justiciabilidad de los derechos fundamentales, el uso de indicadores puede repercutir de manera favorable en las garantías sociales y en la exigibilidad política, pues por una parte, es la metodología que organismos como el Comité Desc, el Comité de Derechos Humanos y el GT del sistema

interamericano<sup>1223</sup> están solicitando a los Estados que usen para presentar los informes periódicos a los que están obligados por los diferentes instrumentos internacionales, con lo que se pretende cualificar tanto el proceso mismo de reporte, como la efectiva implementación de los derechos en los diversos territorios nacionales, forzando de alguna forma a los Estados a abandonar el *ejercicio meramente retórico*<sup>1224</sup> de protección de derechos.

Por otra parte, la información que se produce en consecuencia del anterior proceso es un insumo valioso para la movilización social, pues la representación de la realidad con un mayor grado de precisión, permitirá definir mejor también las estrategias y objetivos necesarios en el debate político, tanto desde la sociedad civil y sus organizaciones, como desde los parlamentos. Para hacerse una mejor idea sobre la información recogida con los indicadores ver el Anexo 2 del presente documento en donde se presentan ejemplos de las indicaciones de la Oficina del Alto Comisionado sobre los derechos a la vivienda, al trabajo y a la educación.

Un ejemplo sobre la utilidad de los indicadores en litigios es el de la citada sentencia T-025-04 de la Corte Constitucional de Colombia. Se indicó atrás que uno de los puntos fuertes de este fallo fue el seguimiento de las órdenes, lo que hubiese sido imposible si la CCC no hubiese adoptado un sistema de indicadores para facilitar dicha tarea; esto debido a que la inercia de las entidades estatales se seguía haciendo evidente en los reportes periódicos sobre el cumplimiento. Explican Uprimny y Sánchez que la Corte encontró que los informes adolecían de cuatro principales problemas:

“1) contenían un alto cúmulo de información irrelevante para determinar el cumplimiento de las órdenes; 2) su extensión era excesiva, lo cual dificultaba la identificación de medidas específicas adoptadas por las entidades en cumplimiento de las órdenes; 3) eran inconsistentes, tanto en sí mismos como a lo largo del tiempo; y 4) con el tiempo se tornaban repetitivos o en simples reproducciones de informes

---

<sup>1223</sup> Laura PAUTASSI, “Evaluando el progreso, midiendo el cumplimiento de derechos. ...” Op. Cit., p. 52. La autora indica que el GT del SIDH solicita a los Estados que presenten informes de no más de 35 páginas, y que sigan los siguientes parámetros: (i) participación de la sociedad civil; (ii) complementariedad y no reiteración de los informes elaborados para otros mecanismos de protección de derechos humanos; (iii) devolución (o utilidad para el Estado), el informe debe acotar la lista de necesidades y definir mejor sus carencias; (iv) publicidad; (v) pertinencia y concreción en la información y evitar confundirla con indicadores de desarrollo económico; (vi) tener enfoque de derechos y no de desarrollo; (vii) margen de apreciación, pues los Estados tienen la libertad de escoger los medios políticos adecuados para cumplir con las obligaciones internacionales.

<sup>1224</sup> Ramiro ÁVILA, “Los derechos económicos, sociales y culturales. Doctrina, jurisprudencia y normativa”, Op. Cit., cap. V.

anteriormente presentados (Corte Constitucional, Auto 218 de 2006).”<sup>1225</sup>

Ante esta situación, explican Uprimny y Sánchez, era evidente que la intención del gobierno era bloquear el cumplimiento de la sentencia al inundar a la CCC con información que difícilmente podría procesar, por lo que esta entidad se sentó a dialogar con funcionarios de varias de las entidades, en especial de instancias de planeación, que le propusieron adoptar un sistema de indicadores objetivos; en razón de esto, la CCC concluyó que lo mejor era construir dicho sistema mediante un proceso participativo, en el que estuvieron presentes el gobierno, la Comisión de Seguimiento, los organismos de control y el ACNUR. Además, este diálogo permitió evidenciar la diferencia de criterios entre el gobierno y la Comisión de seguimiento, pues mientras el primero estaba pensando en términos de indicadores de proceso, la segunda lo hacía en términos de indicadores de resultado.<sup>1226</sup>

Luego de completar el proceso de depuración y sistematización, la CCC adoptó alrededor de una centena de indicadores, que aglomeró en veinte grupos de falencias de la política pública de atención a las personas internamente desplazadas, 17 relacionadas con derechos y 3 con criterios de enfoque diferencial:<sup>1227</sup> 1) vida, 2) integridad personal, 3) libertad, 4) vivienda, 5) salud, 6) educación, 7) alimentación, 8) generación de ingresos, 9) identidad, 10) estabilización socioeconómica, 11) prevención del desplazamiento, 12) retorno, 13) subsistencia mínima, 14) reunificación familiar, 15) seguridad personal, 16) participación, 17) niños, niñas y adolescentes desplazados, 18) pertenencia étnica y cultural, 19) género, y 20) verdad, justicia, reparación y no repetición.

Si bien el avance no fue inmediato, esta metodología sentó las bases no solo para realizar un seguimiento más expedito, sino que también permitió introducir el lenguaje de derechos en las políticas públicas sobre desplazamiento interno en aras de avanzar en el mejoramiento de la situación de las personas afectadas por este fenómeno. Según Uprimny y Sánchez: “Así, técnicos y economistas entendieron entonces para qué y ante quién reportaban, y cuál era la lógica de la producción de los informes y de la

---

<sup>1225</sup> Rodrigo UPRIMNY y Nelson Camilo SÁNCHEZ, “Juzgar y medir: el uso de indicadores de derechos humanos por la Corte Constitucional colombiana”, en Víctor Abramovich y Laura Pautassi, comps., *La medición de derechos en las políticas públicas*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010, p. 302-303.

<sup>1226</sup> *Id.*, p. 303-304.

<sup>1227</sup> *Id.*, p. 305-306.

formulación y reestructuración de políticas.”<sup>1228</sup>

Por último, y adelantando el tema del siguiente acápite, si se tiene presente que la regresividad puede ser normativa o de resultados, se encuentra que ambas clases se pueden verificar con la metodología de indicadores, la diferencia es que la de regresividad de resultados se identifica con los indicadores de proceso y los de resultado, mientras que la regresión normativa con los estructurales, debido a que son del tipo *sí o no*.

Como se pudo observar, la metodología de medición con indicadores es una herramienta útil no solo para la exigibilidad política de los Desc, sino también para su exigibilidad jurisdiccional, en especial cuando se trata del seguimiento de decisiones judiciales, pero también en el campo probatorio y argumentativo de casos individuales o colectivos. Compete ahora revisar otra de las facetas de la exigibilidad de los Desc, pero esta vez con relación a los contenidos de las medidas legislativas y del gobierno desde la óptica del no retroceso, enfatizando en el control judicial que procedería cuando estas ingresan en el ordenamiento jurídico.

#### **4.5. EXIGIBILIDAD JURISDICCIONAL DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD MEDIANTE EL TEST DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD**

Al igual que con el deber de progresividad, el Pidesc es el instrumento que positiviza en el derecho internacional la prohibición de regresividad. En el Art. 4º se indica: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.”

Apelando de nuevo a las definiciones de la Asamblea General de la OEA, las medidas regresivas son definidas como: “todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido.”<sup>1229</sup> Como se observa, la regresividad se refiere a las limitaciones que sufre

---

<sup>1228</sup> Íd., p. 310.

<sup>1229</sup> Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05) nota al Art. 11

un derecho económico, social y cultural a causa de la introducción de una medida que desmejore el goce que se tenía del mismo, recorte las prestaciones conexas o reduzca su contenido.

Otra forma de generar regresividad es introduciendo requisitos para el goce de un Desc que antes no eran necesarios, bien puede ser con una modificación legal, por ejemplo trámites burocráticos, o *de facto*, como ha ocurrido en Colombia por ejemplo con la negación sistemática de las EPS de ciertos servicios y tratamientos, incluidos y excluidos, del Plan Obligatorio de Salud (POS) hasta tanto los usuarios hayan presentado y ganado una acción de tutela; esto también sucedió con el caso de las prestaciones y auxilios a personas internamente desplazadas por la violencia.

El Pidesc especifica que cuando sean procedentes estas medidas, dada su gravedad y carácter excepcional, las limitaciones deben hacerse mediante ley y ello coincide con lo explicado páginas atrás sobre el principio de confianza legítima, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad.

Explica al respecto Christian Courtis<sup>1230</sup> que la regresividad se puede presentar en dos formas: (1) regresividad de *resultados*, a través del resultado de políticas públicas y, (2) regresividad *normativa*, a través de normas jurídicas. Estas dos nociones, en criterio de Courtis, se desprenden de la concepción de progresividad y regresividad de la Asamblea General de la OEA en la Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05)<sup>1231</sup>, pues esta puede resultar de la aplicación de *disposiciones o políticas*.

Ahora bien, si esta es la forma en que se presenta, es decir, el tipo de norma (o ley) a través de la que se puede manifestar, ¿Sobre qué tipo de contenidos ocurriría? Se debe tener en cuenta que la regresividad puede ocurrir en tres situaciones:

- (1) El goce del derecho que se tenía en el momento de entrada en vigencia del Pidesc<sup>1232</sup>;
- (2) el goce progresivo alcanzado y que se recortará y,

---

<sup>1230</sup> Christian COURTIS, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, Op. Cit., p. 3 y 4. En el mismo sentido se pronuncia el autor en: Christian COURTIS, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales, y derechos Humanos*, Fontamara, México DF, 2009, p. 55 a 57.

<sup>1231</sup> En sentido similar Mikel BERRAONDO y Asier MARTÍNEZ, *La integración del enfoque basado en derechos humanos en las prácticas cotidianas. Repensar hoy y hablar del mañana*, IPES Elkartea, Pamplona, 2011, p. 109.

<sup>1232</sup> Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004, p. 94.

(3) la abstención del Estado y sus agentes.

El primero tiene que determinarse en clave histórica, pues la entrada en vigencia del Pidesc de 1966 ocurrió hasta el 3 de enero de 1976. El Comité Desc emitió una Observación General sobre la obligación de presentación de informes contenida en el Pacto hasta su tercera sesión en 1989, y solo se tiene rastro de la evaluación de los primeros informes de Estado hasta la décimo sexta sesión del Comité en 1997<sup>1233</sup>. Esto permite hacerse una idea del panorama a nivel internacional, entonces la situación nacional no tuvo que ser mucho mejor, pues aún hoy se encuentran problemas en la justiciabilidad de estos derechos. ¿Será acaso que los avances en derechos económicos, sociales y culturales solo ocurren cada década?<sup>1234</sup>

En segundo lugar, la regresividad puede observarse con relación a los progresos alcanzados, y que a consecuencia de una norma jurídica o política pública resultan disminuidos. Se desarrollará este tema con mayor detalle en los siguientes apartes, sin embargo, se debe indicar desde ya que las medidas regresivas pese a ser *prima facie* inválidas, si cumplen con ciertos requisitos y resultan razonables y proporcionales, pueden ser aceptables, ya que no hacerlo supondría petrificar la institucionalidad, y con ello a la democracia misma, en el logro de todos los objetivos del Estado.

El único límite absoluto en este caso sería el *contenido mínimo esencial*<sup>1235</sup> del derecho en cuestión al que alude el Comité Desc, pues es la provisión mínima aceptable fuera de la cual es intolerable que se encuentre alguna persona, y normar en sentido contrario sería ir en contra de la naturaleza misma de dicho derecho.

La tercera situación en que puede ocurrir regresividad sería la abstención del Estado y sus agentes, es decir, la obligación de no invadir la esfera de los derechos sociales alcanzada por los titulares por sus propios medios, por ejemplo, evitando expropiaciones indebidas de los medios o herramientas de trabajo y sustento de las

---

<sup>1233</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, “Sessions for CESCR - International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights” (sesiones del Comité Desc) en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/TreatyBodyExternal/SessionsList.aspx?Treaty=CESCR](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/SessionsList.aspx?Treaty=CESCR) Op. Cit.

<sup>1234</sup> Coincide con esta apreciación, pero para el contexto del SIDH, Ramiro ÁVILA SANTAMARÍA, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Doctrina, jurisprudencia y normativa*, texto inédito, en proceso de publicación.

<sup>1235</sup> Para ahondar este tema se recomienda ver por ejemplo Lina PARRA, *Constitucionalismo contemporáneo y la teoría del contenido mínimo. El derecho al trabajo*, Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador)/Corporación Editora Nacional, Quito, 2013, en <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3830/1/SM142-Parra-Constitucionalismo.pdf>

personas, o de sus viviendas, evitando desalojos forzosos (OG N°4 Comité Desc), evitando la privatización en la explotación de recursos hídricos o su contaminación por parte de terceros, e inclusive, evitando imponer tributos regresivos sobre las viviendas de personas económicamente vulnerables, entre otras medidas que se pueden citar como ejemplo.

Como se observa, se trata de una abstención compleja, o como diría Henry Shue, *una abstención que requiere esfuerzos*, pues no solo demanda de una activa abstención del Estado, sino también que este permita participar a los titulares de los derechos en las decisiones que los afecten. Cobran importancia en este punto las garantías sociales o extra-institucionales en sus dos sentidos: (i) para poner en funcionamiento las garantías institucionales establecidas para la protección de sus derechos, y (ii) en los ámbitos no institucionales, para asociarse en la generación de bienes y servicios que permitan la satisfacción de estos derechos o su reclamo en espacios políticos con el ejercicio de mecanismos como las huelgas, el boicoteo de consumidores, etc.

Visto lo anterior, es posible realizar una reformulación en clave garantista de la definición de la prohibición de regresividad en los siguientes términos: es una *garantía primaria* que consiste en la obligación negativa que tiene el Estado de **abstenerse** de: (i) desmejorar el nivel de goce y/o prestaciones de un derecho económico, social y cultural mediante la introducción de legislación o como resultado de la aplicación de políticas públicas, (ii) anular su contenido mínimo esencial y (iii) obstruir de manera injustificada a los titulares el goce de dichos derechos, alcanzado de manera legítima y legal por sus propios medios.

La prohibición de regresividad en entonces *una garantía primaria negativa*, y específicamente, una garantía institucional de tipo político y semi-político, al igual que el principio de progresividad. Sin embargo, ambas son sujeto de garantías secundarias, por cuanto su violación o desconocimiento las hace pasibles de acciones jurisdiccionales y semi-jurisdiccionales.

La regresividad de una medida puede ser revisada en sede judicial, debido a que los tribunales constitucionales, y otros como los contencioso-administrativos<sup>1236</sup>, tienen

---

<sup>1236</sup> Se debe tener presente que también los tribunales encargados de lo contencioso-administrativo podrían realizar controles de constitucionalidad y de legalidad de normas de inferior jerarquía y podrían decretar su nulidad con fundamento en la violación de la no regresividad, como ocurre en Colombia con la facultad que tiene el Consejo de Estado con la nulidad por inconstitucionalidad (arts. 237 y 241 CN y art. 135 Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

el poder de examinar la normatividad que introduzca retrocesos en los derechos sociales. La extensión de tal poder dependerá de la dogmática de acuerdo con la cual se analice la situación, pues algunos jueces tendrán la posibilidad de realizar controles previos de constitucionalidad sobre ciertas materias, mientras otros no, pero en términos generales el control abstracto de constitucionalidad les permitirá examinar si una norma regresiva es aceptable o no; claro está, la técnica es extensiva también a los casos individuales y colectivos con las acciones establecidas para el amparo de derechos en casos concretos, bien sean constitucionales u ordinarias, pues no puede existir un doble estándar al respecto.

Sin embargo se debe indicar, que la judicialización de casos por regresividad de resultados puede resultar más difícil que la de casos que involucren regresividad normativa, pues como advierte Courtis<sup>1237</sup>, se deben enfrentar tres dificultades:

1. La falta de tradición en el litigio sobre la base de pruebas que requieran la sistematización de datos empíricos.

2. Problemas vinculados con los medios probatorios requeridos para probar la relación de causalidad, pues debido a los alcances generales de las políticas públicas, podría terminarse no infringiendo violaciones de derechos, sino más bien aciertos o desaciertos de dichas políticas.

3. El remedio adecuado. Si bien se puede haber identificado a través de los indicadores la regresión en derechos sociales, cuál remedio deberán ordenar los y las juezas.

No puedo compartir por completo la opinión del autor en cuanto a esta última dificultad, pues como se expuso antes, existen diferentes tipos de respuestas judiciales a los problemas de derechos sociales, y si bien los y las juezas no pueden entrar en el campo de diseño de políticas públicas, sí deben ejercer un papel activo en cuanto a señalarle a los poderes políticos sus yerros y la violación de estos derechos.

En todo caso, sale de toda lógica admitir que no existe remedio adecuado cuando se está precisamente verificando que existía una situación previa en el goce de derechos fundamentales que fue desmejorada; lo procedente sería cuando menos ordenar regresar

---

<sup>1237</sup> Christian COURTIS, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios” Op. Cit., p. 7, y *El mundo prometido*, Op. Cit., p. 58 y ss.



al estado de cosas anterior de ser ello posible, o en el peor de los casos una compensación para resarcir el daño.

Al respecto se deben tener en cuenta dos situaciones más: la primera, relacionada la provisión mínima de derechos, o contenido mínimo esencial, por debajo de la cual se vulnera la vida digna de las personas, y que daría una pauta muy importante a los jueces y juezas para emitir un fallo. Más adelante se ahondará en esta cuestión.

La segunda, que sin querer Courtis parece replicar las estructuras de pensamiento iusprivatista para dar respuesta a problemas de derechos fundamentales, cuando existen nuevas modalidades de impartir justicia sin invadir la esfera de acción de otros poderes públicos, por ejemplo, a través las sentencias bilaterales.

La consideración del autor parece partir de una concepción de la justicia solo en términos monológicos, pero se debe recordar que el abanico de opciones y remedios judiciales se amplía cuando se realizan ejercicios de justicia dialógica. Cuestión diferente será, y en este aspecto sí podría llegar a coincidir con su opinión, que en la práctica un proceso judicial de estas connotaciones fracase, pero ahora debido a cuestiones como la preparación de los jueces y juezas, su postura ideológica, la impericia técnica, etc.

Vistas las anteriores consideraciones es momento de hablar de los test de razonabilidad y proporcionalidad. Explican Víctor Abramovich y Christian Courtis<sup>1238</sup>, que la obligación de no regresividad está relacionada con el concepto de *razonabilidad de la ley*, utilizado en Argentina y Estados Unidos para determinar si hubo o no respeto del debido proceso sustantivo en la reglamentación de los derechos.

Los autores definen al debido proceso sustantivo como “un estándar o patrón para determinar, dentro del margen de arbitrio que deja la Constitución al legislador, y la ley al organismo ejecutivo – administrativo o judicial –, hasta dónde se pueden restringir válidamente los derechos consagrados por las normas a reglamentar”<sup>1239</sup>. Ahora bien, el cumplimiento o no del debido proceso sustantivo, se verifica a través del juicio o *test de razonabilidad*.

El test de razonabilidad es una herramienta que utilizan las cortes a nivel nacional para determinar la aceptabilidad o no de medidas regresivas adoptadas por los

---

<sup>1238</sup> Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 96 a 98.

<sup>1239</sup> *Id.* p 97

órganos políticos; esto implica que se encuentren relacionadas directamente con la justiciabilidad de casos individuales y colectivos y con el control abstracto de constitucionalidad. Esta herramienta, de raigambre pretoriana, existe como respuesta a la difícil tarea de controlar judicialmente los retrocesos en derechos sociales.

Se debe aclarar sin embargo que existe una confusión entre este test y el de proporcionalidad<sup>1240</sup> pues guardan cercanía conceptual y el primero suele ser una de las etapas del segundo, por lo general en los juicios de igualdad y debido proceso. Explican Martínez y Zuñiga<sup>1241</sup> que la similitud entre los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad se debe a que ambos apuntan a evitar la arbitrariedad y a que parece existir entre ellos una relación de género a especie, en la que la razonabilidad es el género y la proporcionalidad la especie.

Mientras que en el juicio de proporcionalidad se busca establecer la constitucionalidad de una intervención estatal y su compatibilidad con los derechos fundamentales, o lo que es igual la mayor o menor *adecuación* de la medida, en el de razonabilidad se busca constatar si la actuación pública es o no *racional*, es decir si responde o no a la lógica que impone la Constitución, o en otras palabras está conforme con la razón constitucional.

Pese a lo anterior lo usual es que en la práctica los jueces constitucionales realicen de manera indistinta o sincrónica los test, y que la doctrina misma pese a intentar aclarar los límites de las dos herramientas termine regresando a la confusión pues no es posible escindirlas sin correr el riesgo de perder riqueza conceptual y argumentos a la hora de analizar temas tan espinosos<sup>1242</sup>. Baste con ver la sentencia C-

---

<sup>1240</sup> La confusión probablemente venga desde el sentido léxico de las palabras, pues al revisar la definición de la Real Academia se encuentra que una de las acepciones de la palabra razonable es: Proporcionado o no exagerado. Ver: RAE, “razonable”, en <http://dle.rae.es/?id=VFcTQdk>. En sentido similar Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*, 4ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014 [2003], p. 720-721. El autor alude a la inconsistencia terminológica entre los términos *proporcionalidad* y *ponderación*, pues esta última tiene diversos significados: forma de tomar decisiones sopesando razones, método jurídico contrapuesto a la subsunción, forma de fundamentar decisiones en derecho y el contenido de estas. Bernal Pulido identifica la ponderación con el principio de proporcionalidad en sentido estricto, que como se verá adelante, es el tercer subprincipio de aquel, y también es el quinto paso de un procedimiento para determinar la validez de las normas adscritas a las de derechos fundamentales.

<sup>1241</sup> José Ignacio MARTÍNEZ y Francisco ZUÑIGA, “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 9, N° 1, 2011, p. 201.

<sup>1242</sup> Esto se verá a continuación con los trabajos de diversos autores y autoras estudiados aunque vale la

022-96 de la CCC en la que la entidad fijó los parámetros del test y se dice lo siguiente:

“...el análisis del criterio de diferenciación se desarrolla en tres etapas, que componen el test de razonabilidad y que intentan determinar:

- a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.
- b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.
- c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

El orden de estas etapas corresponde a necesidades no sólo lógicas sino también metodológicas: el test del trato desigual pasa a una etapa subsiguiente sólo si dicho trato sorteó con éxito la inmediatamente anterior. El primer paso no reviste mayor dificultad, como quiera que puede llevarse a cabo a partir del solo examen de los hechos sometidos a la decisión del juez constitucional; se trata únicamente de la determinación del fin buscado por el trato desigual. El segundo paso, por el contrario, requiere una confrontación de los hechos con el texto constitucional, para establecer la validez del fin a la luz de los valores, principios y derechos consignados en éste. Si el trato desigual persigue un objetivo, y éste es constitucionalmente válido, el juez constitucional debe proceder al último paso del test, que examina la razonabilidad del trato diferenciado. Este es el punto más complejo de la evaluación, y su comprensión y aplicación satisfactoria dependen de un análisis (descomposición en partes) de su contenido.

La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.”<sup>1243</sup> (Citas retiradas, subrayados añadidos)

Lo anterior pone de manifiesto la dificultad que supone en la práctica separar de manera tajante los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, por lo que parece ser una opción viable utilizarlos como criterios complementarios en el control judicial. Pese a lo anterior es importante delimitar desde ya, y adelantando un poco un tema que se verá en un apartado posterior, que en el presente estudio se defiende la idea de que cuando se afecte el contenido esencial de un derecho fundamental la medida no

---

pena indicar en este punto la propuesta de Mariano SAPAG, “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”, en *Revista Dikaion*, vol. 22, núm. 17, Universidad de La Sabana, 2008, p. 157-198. El autor entiende que estos principios son sinónimos y centra su propuesta en realizar los cinco juicios del control de razonabilidad: 1) de finalidad, 2) de adecuación, 3) de necesidad, 4) de proporcionalidad en sentido estricto y 5) de respeto al contenido esencial de los derechos regulados.

<sup>1243</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-022 de 1996 en [http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-022-96.htm#\\_ftnref14](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-022-96.htm#_ftnref14)

superaría de ninguna forma el test de razonabilidad, por lo que resultaría inocuo continuar analizando su proporcionalidad.

Ahora bien, cuando se habla de proporcionalidad uno de los autores de obligada consulta es Carlos Bernal Pulido.<sup>1244</sup> Él sostiene que el principio de proporcionalidad estructura la fundamentación de la validez de las normas iusfundamentales adscritas en un procedimiento de cinco pasos:

“a. La adscripción *prima facie* de una norma de derecho fundamental, y de su posición iusfundamental respectiva, a una disposición de derecho fundamental; b. La verificación de que la ley examinada en el control de constitucionalidad constituye una intervención en el ámbito de la disposición de derecho fundamental relevante; c. El examen de idoneidad de la ley; d. El examen de necesidad de la ley, y e. El examen de proporcionalidad en sentido estricto de la ley.

De estos cinco pasos, los dos primeros son presupuestos de la aplicación del principio de proporcionalidad y los tres últimos son los ya referidos subprincipios que lo componen.”<sup>1245</sup>

La parte más fuerte del test de proporcionalidad en la tesis de Bernal Pulido se encuentra en los tres últimos pasos, o subprincipios, que deben ser aplicados de manera sucesiva y escalonada.<sup>1246</sup> Así, con la idoneidad o adecuación se busca verificar que la medida o norma tiene un fin constitucionalmente legítimo y que sirve para fomentar su obtención.<sup>1247</sup>

Cuando se determina que la norma supera este escrutinio se procede a verificar si la medida de intervención es necesaria, es decir, si es “la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto”<sup>1248</sup> (cita retirada). Esto permite concluir que no basta con que la medida persiga un fin constitucional para superar el examen de constitucionalidad.

---

<sup>1244</sup> El autor realiza un excelente análisis del origen norteamericano y europeo, características, diferencias y mixtura de los juicios de proporcionalidad en la igualdad en la práctica de la CCC en: Carlos BERNAL PULIDO, “El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, en Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco (edits.), *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2010, p. 451-482.

<sup>1245</sup> Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...* Op. Cit., p. 65-66.

<sup>1246</sup> *Ibid.*, p. 874-875.

<sup>1247</sup> *Ibid.*

<sup>1248</sup> *Ibid.*, p. 932-933.

Por último, se debe determinar si hay o no una adecuada relación entre los medios escogidos y los fines, es decir, que el sacrificio del derecho conlleva más ventajas pues el fin legislativo perseguido es altamente importante y vital para la sociedad<sup>1249</sup>; por esta razón Bernal Pulido lo equipara a la ponderación, pues es evidente la existencia de un conflicto entre bienes jurídicos de gran jerarquía.

Teniendo presente la dificultad de separar con precisión casi quirúrgica los límites de la proporcionalidad y de la razonabilidad y debido a que no es objetivo del presente estudio delimitar de manera exhaustiva los contornos de las figuras, se presentarán indistintamente las aplicaciones de estos principios, en especial cuando se hable del control de constitucionalidad del presupuesto en la parte final del presente capítulo.

Retomando el análisis del test de razonabilidad, se debe indicar que los jueces pueden optar por tres posturas diferentes a la hora de responder la pregunta de si la prohibición de regresividad es absoluta o no: (1) la prohibición es absoluta; (2) la prohibición no es absoluta, o (3) pueden optar por una postura intermedia, en la que las medidas regresivas son *prima facie* inválidas, pero si los órganos políticos logran demostrar que dichas medidas son razonables, necesarias y proporcionales, estas serían admisibles.

Así ocurre con la CCC, como demostraron Uprimny y Guarnizo<sup>1250</sup> al estudiar las líneas jurisprudenciales en materia de prohibición de regresividad. Los autores encontraron que la entidad había optado por estas tres diferentes formas de respuesta, pero que con el pasar del tiempo esta se decantó por la opción intermedia que resulta ser la más benéfica para la democracia pues alienta el debate: “Es más, esa dogmática [la tesis intermedia] incluso estimula la deliberación democrática, pues obliga a las autoridades a justificar, en forma pública y convincente, los eventuales retrocesos en la garantía de los derechos sociales.”<sup>1251</sup>

¿Qué se debe observar entonces al aplicar un test de razonabilidad y proporcionalidad a una norma o política pública? Se debe tener presente que esta cumpla tres condiciones: (1) legitimidad constitucional, (2) necesidad, y (3) racionalidad. En

---

<sup>1249</sup> Íd., p. 962.

<sup>1250</sup> Rodrigo UPRIMNY y Diana GUARNIZO, “La prohibición de regresividad y la protección de los derechos sociales...”, Op. Cit. Ver en el Anexo 3 la tabla construida por los autores para sistematizar algunas de las decisiones de la CCC según los tres tipos de posibles decisiones.

<sup>1251</sup> Íd., p. 735

primer lugar, la medida no debe ser contraria a la Constitución<sup>1252</sup>, es decir, no debe ir en directa contravía del contenido constitucionalmente establecido para el derecho; por ejemplo, serían inaceptables medidas discriminatorias en razón del sexo de las personas, o que disponiendo la Constitución la gratuidad de la educación primaria, la norma contemplara cobros.

La *necesidad* se refiere básicamente a que la restricción de derechos se encuentre justificada por (i) los hechos o circunstancias sociales que le han dado origen y (ii) los fines lícitos perseguidos por la norma<sup>1253</sup>. La tercera condición tiene que ver con la *proporcionalidad* que tiene que existir entre los antecedentes y los fines de la medida<sup>1254</sup>.

Sostienen Encarnación Roca y María Ángeles Ahumada al respecto: “Hoy es doctrina consolidada que el control de proporcionalidad integra a su vez un control de adecuación o idoneidad de la medida objeto de examen (relación medio-fin), un examen de la necesidad de la misma (inexistencia de una alternativa menos gravosa) y un control de proporcionalidad en sentido estricto atendidas sus consecuencias (se calibran los intereses afectados y en conflicto para comprobar si las ventajas superan o al menos compensan los inconvenientes).”<sup>1255</sup>

Estas condiciones deberán ser demostradas en un proceso judicial en el que los órganos políticos venzan la presunción de invalidez de las medidas regresivas; este juicio se caracterizará por dos particularidades: la inversión de la carga de la prueba, pues serán el Legislativo o la Administración quienes deberán demostrar la razonabilidad de la medida<sup>1256</sup>, y una carga alta de demostración de razonabilidad, por lo que en caso de duda, los y las juezas deben inclinarse por la inconstitucionalidad – *in dubio pro justitia sociales*<sup>1257</sup>.

De acuerdo con Uprimny y Guarnizo: “la justificación de una medida de

---

<sup>1252</sup> Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 99.

<sup>1253</sup> Id., p. 100

<sup>1254</sup> Id., p. 101

<sup>1255</sup> Encarnación ROCA TRÍAS y María Ángeles AHUMADA RUIZ, “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española”, en *Memorias de la XV Conferencia Trilateral - Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España*, 24-27 de octubre 2013, Roma, p. 12-13. Sugieren estas autoras que en la práctica del Tribunal Constitucional español se ha visto que en la mayoría de casos suele ocurrir que en el segundo paso, el control de necesidad, es en donde se determine el resultado del control y que el tercero, test de proporcionalidad en sentido estricto, sirva como verificación o argumento de mayor abundamiento (p. 15).

<sup>1256</sup> Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 102.

<sup>1257</sup> Id., p. 106.

retroceso tiene que ser más fuerte que aquella que sería suficiente para sustentar una medida de desarrollo progresivo de un derecho social, pues se trata de derrotar una presunción de invalidez.”<sup>1258</sup> Explican que mientras que para las medidas progresivas basta con mostrar su mera razonabilidad, para las decisiones regresivas es necesario un análisis de proporcionalidad más estricto, pues las autoridades deben demostrar además la necesidad de implementarlas de manera indispensable para alcanzar objetivos constitucionales imperiosos.<sup>1259</sup> En ese orden de ideas, exponen Abramovich y Courtis<sup>1260</sup> que los órganos políticos en aras de salvar la medida deberán demostrar:

- (i) la existencia de un interés estatal lícito,
- (ii) el carácter imperioso de la medida,
- (iii) la inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión,
- (iv) que se han empleado todos los recursos de los que dispone el Estado, y aun así, necesita acudir a la medida para proteger los demás derechos del Pidesc,
- (v) que con la medida no se violan los mínimos de provisión del derecho (contenido mínimo esencial).

De acuerdo con lo anterior, en especial con el punto (v), no serían de recibo entonces argumentos generales de política pública, disciplina fiscal u otro tipo de metas económicas, debe tratarse de beneficios a otros derechos económicos, sociales y culturales.<sup>1261</sup> Por otra parte, quien impugna la medida debe demostrar *prima facie* su regresividad, poniendo de manifiesto que el grado de efectividad de la medida es menor al que tenía la legislación anterior, por ejemplo, porque limita, restringe, reduce la extensión o el sentido del derecho social, o impone condiciones que antes no se debían

---

<sup>1258</sup> Rodrigo UPRIMNY y Diana GUARNIZO, “La prohibición de regresividad y la protección de los derechos sociales...”, Op. Cit., p. 742.

<sup>1259</sup> *Ibid.*

<sup>1260</sup> Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 109 y 110.

<sup>1261</sup> Esto coincide en alguna medida con la propuesta de Luigi Ferrajoli, en el sentido de establecer los derechos fundamentales junto con sus garantías, y generar modificaciones de los textos constitucionales en tal sentido, por ejemplo, se deberían establecer “cuotas mínimas de presupuesto asignadas a los diversos capítulos de gastos sociales, haciéndose así posible el control de constitucionalidad de las leyes de financiación estatal.” (Luigi FERRAJOLI, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Op. Cit., p. 64 y *Principia Iuris*, Vol. 2, Op. Cit., p. 95).



sortear para poder ejercerlo<sup>1262</sup>.

No se debe en todo caso entrar a realizar un análisis empírico de la mejor o peor situación del derecho social en el Estado, ello es labor de la evaluación a través del uso de indicadores, que si bien arrojarían información valiosa al caso, no son el centro de discusión judicial, pues se estará analizando “una decisión de una autoridad que implica un retroceso normativo para un grupo de personas específico o para la situación general de un derecho específico, lo cual es relativamente más fácil de determinar.”<sup>1263</sup>

Es entonces posible realizar un control jurídico a la labor del Legislador y la Administración a través de mecanismos jurisdiccionales. Las personas cuentan con un valioso mecanismo de defensa de sus derechos sociales a partir de la interdicción de la arbitrariedad de las autoridades públicas, pues no se trata solo de que los órganos políticos tengan la facultad de legislar, sino que deben hacerlo con un claro propósito de desarrollar los derechos sociales, sin recortar de manera injustificada su goce ni su contenido.

Es importante en este punto revisar la propuesta crítica de María José Añón<sup>1264</sup> pues enfatiza en que el primer límite a las decisiones normativas de regresión de derechos sociales es el *contenido esencial* de los mismos, y en segundo lugar estaría la *legitimidad del fin de la norma*. En su criterio, que comparto por completo, primero debe hacerse un juicio de legitimidad constitucional y/o convencional, y solo entonces, como apoyo procedería el juicio de proporcionalidad.<sup>1265</sup>

Si bien su propuesta no es absolutamente nueva, es muy relevante que la autora mueva el acento de los juicios con relación a la regresividad en derechos sociales de la proporcionalidad de la medida como criterio guía, al respeto del contenido esencial. Por lo general tanto la jurisprudencia como la doctrina suelen tomar como punto de partida

---

<sup>1262</sup> Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 112.

<sup>1263</sup> Rodrigo UPRIMNY y Diana GUARNIZO, “La prohibición de regresividad y la protección de los derechos sociales...”, Op. Cit., p. 741.

<sup>1264</sup> María José AÑÓN, “¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?”, en *Derechos y Libertades*, N° 34, época II, 2016, p. 57-90.

<sup>1265</sup> Se debe indicar que esta postura no es compartida por Carlos Bernal Pulido, pues en su obra del año 2003 sostuvo que el *contenido esencial* de los derechos fundamentales se ha presentado como una de las propuestas de análisis jurisprudencial alternativas al principio de proporcionalidad, pero que no resulta ser un método más objetivo y racional que este último, y en su criterio, el examen de proporcionalidad es más bien una herramienta con las que se puede determinar el contenido esencial de un derecho, por lo que no lo entiende como un juicio independiente. Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...* Op. Cit., p. 509 y ss.



para el juicio de razonabilidad y proporcionalidad la validez de las razones que motivan la decisión normativa, y solo en etapas posteriores se enfocan en el respeto al contenido esencial. Esto es visible por ejemplo en la tabla que se presenta a continuación y que resume la propuesta de Rodolfo Arango de test escalonado de constitucionalidad en el control de medidas presuntamente regresivas de Desc:

Tabla 25	
<b>Test de constitucionalidad de medidas regresivas de DESC</b>	
1. Existencia de medida que interfiere negativamente en el ámbito de un DESC	(+)
2. Prohibición de retroceso de los Desc aplicada vía la presunción de inconstitucionalidad	(+)
3. Se exceptúa la prohibición (desvirtuando la presunción) si se cumplen las siguientes condiciones:	
3.1 Validez de las razones que justifican la medida	(+)
3.1.1 La crisis financiera invocada no existe al momento de reconocer subsidio	(+)
3.1.2 La administración no es la responsable exclusiva de la crisis	(+)
3.1.3 Los errores no son predicables del beneficiario del subsidio	(+)
3.1.4 El despido no se basa exclusivamente en la supresión del cargo (entidad)	(+)
3.2 Suficiencia de las razones que justifican la medida	
3.2.1 La medida cumple con el principio de razonabilidad:	
3.2.1.1 No discrimina a persona o grupo específico	
3.2.1.2 Existe una política pública para el desarrollo progresivo del derecho	(+)
3.2.1.3 La política pública se ejecuta dentro de un plazo razonable	(+)
3.2.1.4 La medida restrictiva se sustenta en un proceso decisorio racional	(+)
3.2.2 La medida cumple con el principio de proporcionalidad:	(+)
3.2.2.1 Persigue un fin imperioso	
3.2.2.2 Es necesaria (inexistencia de alternativas menos lesivas)	(+)
3.2.2.3 Es estrictamente proporcional (beneficio protección > magnitud limitación)	(+)
3.3 No afectación de personas con especial protección constitucional	(+)
3.3.1 Se cumplen los deberes específicos de protección especial	
3.3.2 Se adoptaron las acciones afirmativas requeridas por la condición subjetiva	(+)
3.4 La medida permite la realización efectiva del derecho	(+)
3.4.1 No hay omisión absoluta	(+)
3.4.2 La medida permite la ampliación de la cobertura de la prestación	(+)
3.4.3 La medida permite el aumento de la calidad de la prestación	(+)
3.5 No desconocimiento de cota mínima o inferior	(+)
3.5.1 No se desconoce contenido esencial del derecho (=no existe caso trágico)	(+)
3.5.2 Se protegió el núcleo esencial del derecho fundamental (=3.8.1.1)	
3.5.3 El retroceso es un paso inevitable hacia la progresividad futura	(+)
3.6 Prioridad del gasto público social sobre otras asignaciones	(+)
3.6.1 Se respetó la prioridad del gasto público social	(+)
3.7 Evaluación sistemática e integral del impacto de la medida	
3.7.1 Evaluación sistemática de impacto no muestra violación de progresividad tributaria	(+)
3.7.2 Evaluación integral de impacto no muestra violación de progresividad tributaria	(+)
3.8 Cumplimiento de los parámetros del derecho internacional	
3.8.1 Se atendieron las normas del PIDESC	
3.8.1.1 Se protegió el núcleo esencial del derecho fundamental	(+)
3.8.1.2 Se cumplió el deber prestacional mínimo de cumplimiento inmediato	(+)
3.8.1.3 Se adoptaron las medidas hasta el máximo de los recursos disponibles	(+)
3.8.1.4 Se justificaron medidas frente a la totalidad de los derechos del Pacto	(+)
3.8.1.5 Se aplicaron las medidas tras el examen exhaustivo de las alternativas (=3.2.2.2)	(+)
3.8.2 Se atendieron los parámetros (Directivas) del Comité del PIDESC	(+)
3.9 Carga de la argumentación en cabeza de Estado	
3.9.1 Fue asumida por la autoridad pública	(+)
3.9.2 Fue satisfecha en el grado exigido en el caso concreto	(+)
4. Declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la medida objeto de control	
Fuente: Rodolfo Arango <sup>1266</sup>	

<sup>1266</sup> Rodolfo ARANGO, “La prohibición de retroceso en Colombia”, Op. Cit., p. 168-169.

En palabras de Arango: “Las condiciones generales numeradas del 3.1 al 3.9 deben cumplirse en su totalidad para concluir la constitucionalidad de una medida regresiva de los DESC. Los numerales de más de dos dígitos tienen en ocasiones carácter ilustrativo, por lo que no todas son de necesario cumplimiento.”<sup>1267</sup> De esta forma, el autor propone basándose en su experiencia en la CCC que el primer paso del test sea el análisis de la *validez* de las razones que justifican la medida, para luego revisar la *suficiencia* de las mismas y continuar revisando si afecta o no a personas con especial protección constitucional en tercer lugar.

El cuarto paso es la determinación de si la medida permite o no la realización efectiva del derecho mediante aspectos como la ampliación de cobertura y calidad de la prestación, y solo en quinto lugar aparece por primera vez el examen de respeto al contenido esencial. Se podría pensar que esto ocurre por una influencia no consciente de las posturas hostiles a la fundamentalidad de los derechos sociales como verdaderos derechos fundamentales.

Con fundamento en los planteamientos de Añón se puede señalar entonces, que el primer paso que debería darse necesariamente en los juicios de regresividad es el análisis de si la medida normativa o política pública respeta o no el contenido esencial del derecho, lo que implica revisar la legitimidad de la medida a partir de su conformidad con la Constitución y los instrumentos internacionales. No hacerlo supondría partir de “un planteamiento insustancial y pobre sobre la normatividad de la constitución y la relevancia del bloque de constitucionalidad”<sup>1268</sup> que además desconoce la naturaleza interdependiente de todos los derechos<sup>1269</sup>.

Agrega Añón que de acuerdo con la doctrina del Comité Desc, si una medida regresiva afecta el contenido esencial de los derechos lo que hay es directamente una violación del Pidesc, no una mera presunción de incumplimiento.<sup>1270</sup> La autora entonces propone invertir el uso de los juicios, pues sin lugar a dudas es mayor la importancia del contenido esencial; así, primaría una argumentación basada en el principio de legitimidad y no en el principio de proporcionalidad, que no desaparece pero ahora sería una herramienta complementaria en el análisis.<sup>1271</sup>

---

<sup>1267</sup> Íd., p. 170.

<sup>1268</sup> María José AÑÓN, “¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?”, Op. Cit., p. 61.

<sup>1269</sup> Ibíd.

<sup>1270</sup> Íd., p. 65.

<sup>1271</sup> Íd., p. 79.

No se trata de una cuestión extraña al derecho español, pues basándose en la doctrina vigente desde la STC 57/1994, Añón explica que “el respeto de la limitación establecida al contenido esencial (...) es el criterio de juicio de constitucionalidad en primer grado en nuestro sistema.”<sup>1272</sup> Esto le permite concluir a dicha autora que no resulta sensato examinar una reforma que anula un derecho a la luz de principios que buscan determinar si una limitación es proporcional o no.<sup>1273</sup>

De acuerdo con todo lo anterior, se puede concluir que para que los jueces puedan determinar si una medida normativa regresiva es aceptable o no, el primer juicio que deberían realizar es si esta respeta o no el contenido esencial, para luego identificar si hay un fin legítimo. Esta *prueba de legitimidad* permitiría establecer si aquella es legítima, adecuada y suficientemente importante<sup>1274</sup>. Esta última condición implica que “sólo los intereses legítimos de estatus constitucional pueden ser capaces de competir con un derecho en la ponderación.”<sup>1275</sup>

Piénsese por ejemplo en una medida legislativa mediante la cual se determina que la infraestructura del sistema público de seguridad social en salud desaparecerá de manera paulatina en el período de 5 años. Puede que ésta persiga un fin público amparado en motivos legítimos pero no sería procedente que los jueces realizaran el test de razonabilidad y proporcionalidad, pues a todas luces se trata de una medida que afecta el contenido esencial del derecho a la salud de una inmensa mayoría de la personas en la población, en especial si no tienen la capacidad económica suficiente para proveerse de los servicios de prestadores privados, como en efecto ocurre en la realidad.

Por esta razón, y reiterando lo dicho páginas atrás, no serían aceptables razones genéricas como la disciplina fiscal para justificar un retroceso en derechos sociales, sino “razones cuidadas y precisas vinculadas a normas superiores –y a derechos-, y no apelaciones genéricas a las políticas públicas, la disciplina fiscal, ciertos objetivos financieros o económicos, la propia crisis económica y la recesión.”<sup>1276</sup>

Justamente advierte Añón que ocurre lo contrario, en especial en momentos de recesión, y se abusa de la apelación a parámetros constitucionales que no integran los derechos fundamentales o a otro tipo de argumentos de corte utilitarista, pues

---

<sup>1272</sup> Ibid., nota al pie 74.

<sup>1273</sup> Íd., p. 80, 84.

<sup>1274</sup> Ibid.

<sup>1275</sup> Íd., p. 84.

<sup>1276</sup> Íd., p. 85.

prácticamente se eleva a “categoría de canon constitucional la crisis económica”<sup>1277</sup>

Cobra de nuevo relevancia lo dicho en los primeros capítulos del presente documento con relación a la fundamentación de los derechos sociales como derechos fundamentales, pues solo si se tiene plena conciencia de los bienes jurídicos que protegen se podrá exigir de mejor manera su cumplimiento, y contaremos con mejores decisiones políticas y jurisdiccionales, ojalá, en el mediano plazo.

Para finalizar este capítulo es procedente realizar el análisis de dos figuras jurisdiccionales, el control de constitucionalidad de leyes de presupuesto y la acción de cumplimiento, que permiten observar en la práctica cómo los jueces colombianos han solucionado algunos problemas en torno a la exigibilidad de derechos sociales.

#### **4.6 DOS POSIBLES MECANISMOS JURISDICCIONALES DE REFORZAMIENTO PARA LA EXIGIBILIDAD POLÍTICA DE DERECHOS SOCIALES EN COLOMBIA**

La primera mitad del presente capítulo giró en torno al análisis teórico de la exigibilidad política y de la jurisdiccional a nivel nacional, resaltando posibles puntos de encuentro entre las legislaciones colombiana y española; para ello se habló sobre los sutiles límites que existen entre estas dos instituciones y cómo más bien se trata de mecanismos de garantía complementarios.

Se presentaron también algunas consideraciones sobre el activismo judicial, abogando por el de tipo progresista, pero así mismo poniendo de manifiesto algunos de sus límites y dificultades en la práctica para la protección de los derechos fundamentales. Corresponde ahora, acercándonos al final del acápite, hablar de dos mecanismos jurisdiccionales o de garantía secundaria del ordenamiento jurídico colombiano que refuerzan las garantías primarias o políticas de los derechos sociales, en particular, desde el control del presupuesto y desde la exigibilidad de las leyes, los actos administrativos y otras normas con fuerza de ley.

---

<sup>1277</sup> *Ibíd.*

#### **4.6.1 Control constitucional de las leyes de presupuesto**

No es secreto que en muchas latitudes los resultados del gasto público son más bien exigüos en materia de derechos sociales, por lo que tampoco sorprende que el Legislador y la Administración Pública se hayan enfocado más en regular el presupuesto centrándose en los gastos de funcionamiento institucionales, que efectivamente en la forma en que esta herramienta debe usarse para una mejor repartición de la riqueza, tal y como lo disponen los textos constitucionales.

Por ello, es importante recordarle a los poderes políticos que el Estado y sus instituciones solo son meros medios para cumplir con los derechos,<sup>1278</sup> los que a la vez también solo son medios para lograr el fin último de proteger a las personas y que estas puedan realizar sus proyectos vitales. Lo importante son las personas y su dignidad, ellas son el fin.

Ahora bien, una de las formas que ha demostrado ser muy útil para sacar de la inercia a las entidades estatales es el control constitucional, que bien puede ser de tipo abstracto, mediante la revisión de constitucionalidad de las leyes de presupuesto y otras normas relacionadas tales como la del Plan Nacional de Desarrollo, y el control que se realiza a través de garantías como la acción de tutela, para la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o privados en casos concretos.

Para realizar dicho análisis se enunciarán en primer lugar algunas generalidades del control de constitucionalidad del presupuesto en Colombia, para luego señalar sus particularidades en el caso de los derechos sociales, económicos y culturales desde dos de las principales materias de control: la unidad de materia y el principio de progresividad. Por último se presentarán algunas condiciones con que deben actuar las cortes constitucionales respetuosas de la división de poderes en el Estado constitucional moderno, ahondando en la propuesta de la justicia dialógica, mencionada en páginas anteriores.

##### **a) Generalidades del control constitucional abstracto del presupuesto**

Por regla general el control del presupuesto en Colombia solo es de tipo posterior, pues las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de

---

<sup>1278</sup> David BILCHITZ, “El constitucionalismo, el sur global y la justicia económica”, Op. Cit., p. 104.

rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo son de tipo *orgánico* de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 151 de la Constitución, por lo que a diferencia de las de tipo estatutario no están sujetas a control previo.

Esto supone por una parte, que en caso de que alguna de las disposiciones presente incompatibilidad con el texto constitucional o vicios de procedimiento en su formación, serán los ciudadanos quienes deberán promover la correspondiente demanda de inconstitucionalidad haciendo uso de su derecho contenido en el artículo 40.6 de la Constitución, por otra, que estas acciones deberán interponerse por vicios de forma, de acuerdo con el artículo 242.3 CN, antes de la caducidad del término de un año contado desde la publicación del respectivo acto.

El único caso en que habría un control automático de constitucionalidad sería por las modificaciones al presupuesto con ocasión de la declaratoria de un estado de excepción, dentro de los que se encuentran la guerra exterior, el estado de conmoción interior, perturbaciones graves e inminentes al orden económico, social y ecológico del país, o una grave calamidad pública, pues todos los decretos que expida el gobierno durante la vigencia de estas situaciones deberán ser enviados a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad, y en caso de no hacerlo, esta entidad aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento (arts. 214 y 215 CN).

En especial es relevante esta facultad para el caso de las emergencias de orden económico, social o ecológico contempladas en el artículo 215 de la Constitución, pues mediante decretos con fuerza de ley el gobierno podrá establecer en forma transitoria nuevos tributos o modificar los existentes, con lo que alteraría temporalmente el presupuesto aprobado, ya que está contemplando nuevos rubros de ingresos.

Visto así parece un poco invasivo que las Cortes Constitucionales tengan la facultad de controlar el presupuesto, pero al adentrarse en las principales materias de control y en algunas condiciones con que debe actuar la Corte, se podrá evidenciar que un buen control constitucional estaría más bien garantizando la democracia e incentivando el cumplimiento de los derechos fundamentales.

## b) Principales materias de control

Un primer tópico sobre el que es posible que recaiga el control constitucional abstracto del presupuesto sería el de *unidad de materia*, en virtud del cual: “Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella.” (Artículo 158 CN)

Explica la Corte Constitucional de Colombia, que en ocasiones se ha evidenciado la introducción de normas que no guardan relación con el balance presupuestario, sino que, a manera de disposiciones generales, se ocupan de la interpretación y ejecución de otros rubros, y que también el legislador ha utilizado esta posibilidad para incorporar normas que no tienen relación temática, teleológica o sistemática con la ley de presupuesto.<sup>1279</sup>

Esto en el contexto colombiano se denomina popularmente como *micos*, haciendo relación a la práctica de introducir o *colgar* artículos indebidamente en las leyes y que pasen inadvertidos, muchas veces para beneficiar intereses privados o particulares, otras para evitar el largo proceso legislativo.

Para evitar tal situación la Corte Constitucional de Colombia ha establecido unas reglas jurisprudenciales para evaluar por vía negativa y positiva cuándo determinadas disposiciones incluidas en las leyes de presupuesto vulneran o no el principio de unidad temática:

En primer lugar, estableció en las sentencias C-177 de 2002, C-515 de 2004, C-1124 de 2008 y C-486-16 las siguientes reglas para determinar *por vía negativa* cuándo se han incluido indebidamente disposiciones legislativas en una norma de presupuesto:

- Cuando no existe una mínima conexión temática, pues el objeto no tiene ninguna relación con la materia presupuestaria.
- Cuando no hay una mínima conexión teleológica, pues no se busca lograr una cabal ejecución del presupuesto.
- Cuando tales disposiciones tienen vocación de permanencia, pues superan la vigencia temporal anual de las leyes de presupuesto.
- Cuando se otorgan competencias permanentes en materia de control a instituciones estatales, incluso si se trata de un tipo de control estrechamente vinculado

---

<sup>1279</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-486 de 2016.

con el presupuesto.

- Cuando se prorroga la vigencia de normas cuya naturaleza es extraña a la ley anual de presupuesto.

- Cuando se fijan derechos y garantías de carácter sustantivo con vocación de permanencia, por ejemplo, en el ámbito de la seguridad social, mediante normas que no son presupuestarias, ni tampoco herramientas para asegurar o facilitar la ejecución del presupuesto.<sup>1280</sup>

- Y por último, cuando se regulan materias propias de una ley estatutaria<sup>1281</sup>, como los asuntos relacionados con la financiación de las campañas políticas.

Ahora bien, en segundo lugar estableció a partir de sentencias como la C-402 de 1997, la C-053 de 1998, la C-560 de 2001, la C-1124 de 2008 y la C-006 de 2012, las reglas jurisprudenciales para evaluar *por vía positiva*, cuándo se ha incluido una disposición normativa que tiene relación indirecta con el presupuesto, pues:

- Ordena a los funcionarios tramitar una orden de embargo de recursos presupuestales.

- Reitera los límites de las entidades públicas en el manejo de personal, para impedir que se aumenten unilateralmente gastos al ampliar la planta de personal o incrementar los salarios o prestaciones sociales.

- Busca que el presupuesto de funcionamiento de una entidad autónoma (p.e. la extinta Comisión Nacional de Televisión) no supere su presupuesto de inversión.

---

<sup>1280</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencias C-039 de 1994 y C-668 de 2006.

En estos dos casos la CCC declaró la inconstitucionalidad de artículos incluidos en leyes de presupuesto que no respetaban el principio de unidad de materia: en el primer caso hubo abuso de la legislación de modificación del presupuesto para incluir normas sobre la liquidación de derechos prestacionales y salariales de los Senadores y Representantes, mientras que en el segundo se incluyó una norma sobre prestaciones y bonificaciones de Secretarios Generales, Subsecretarios Generales y de Comisión del Congreso de la República para asimilarlos como altos funcionarios del Estado para efectos prestacionales y de bonificaciones.

<sup>1281</sup> De acuerdo con el artículo 152 CN mediante leyes estatutarias se deben regular materias como derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección, administración de justicia, organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición y funciones electorales, instituciones y mecanismos de participación ciudadana, estados de excepción, la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley, y materias expresamente señaladas en los artículos 116 y 221 de la constitución.



- Establece el deber de evaluar fiscalmente, de forma previa, las acciones administrativas que pueden tener un impacto presupuestal considerable, por ejemplo, por introducir modificaciones a contratos estatales que impliquen mayores aportes estatales, mayores ingresos esperados y/o una ampliación del plazo de ejecución.

De acuerdo con las reglas jurisprudenciales de la CCC,<sup>1282</sup> las normas que componen las leyes de presupuesto deben guardar con esta conexidades de tipo: (i) causal, (ii) teleológica, (iii) temática, (iv) sistemática, y además deben tener (iv) carácter anual, (v) temática presupuestal y (vi) finalidad presupuestal. Por ello, de manera reiterada ha sostenido la CCC que son razones suficientes para declarar la inconstitucionalidad de una norma, que esta no guarde conexidad temática mínima con el presupuesto, no sea acorde con su carácter temporal y formal, sino que contemple normativa sustancial y con vocación de permanencia en el tiempo.<sup>1283</sup>

El *segundo tema* relevante sobre el que puede, y debe, recaer el control constitucional es el del principio de progresividad y prohibición de regresividad en la realización de los Desc, aunque en verdad es una disposición que también resulta extensible al goce de otros derechos fundamentales como los civiles y políticos.

La obligatoriedad del deber de progresividad para Colombia se encuentra en el artículo 2 del Pidesc, que indica que los Estados parte deberán lograr progresivamente, por todos los medios apropiados y hasta el máximo de recursos de los que disponga, la plena efectividad de los derechos contenidos en el Pacto.

Además, esta obligación también tiene sustento en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el que se habla del desarrollo progresivo de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y que posteriormente fueron desarrollados para el ámbito interamericano de manera detallada en el Protocolo de San Salvador.

Vale la pena recordar que uno de los mitos más extendidos en cuanto a la dificultad de realizar estos derechos por cuestiones de recursos se desmonta al explicar que estos no solo son de tipo económico, pues los Estados también cuentan con recursos de tipo humano, técnico, de información, naturales, financieros y de cooperación.

---

<sup>1282</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-177 de 2002.

<sup>1283</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-486 de 2016.

Continuando con las implicaciones del deber de progresividad, se debe indicar que desde el año 2000 el principio de progresividad y no regresividad de los Desc es un elemento integrante de los parámetros de control de constitucionalidad de la CCC, teniendo en cuenta que por mandato del inciso 2º del artículo 93 CN estos principios integran el bloque de constitucionalidad en sentido amplio, que cualifican el tipo de obligaciones que adquieren las autoridades públicas del Estado Social de Derecho, en especial para el cumplimiento de los derechos sociales.<sup>1284</sup>

Por ello, si bien tanto el gobierno como el legislador tienen amplias facultades para determinar las cuestiones económicas y de macroeconomía, este poder de configuración del orden económico NO es discrecional y absoluto, como advierte la CCC: “todos los ámbitos de regulación deben respetar los límites impuestos por el conjunto de derechos y libertades civiles, sociales, económicas y culturales reconocidas en nuestro ordenamiento, al tiempo que deben operar conforme a los valores y principios rectores que consagra nuestra Constitución Política.”<sup>1285</sup>

El Estado Social de Derecho es un límite a la libertad que tiene el legislador para definir un modelo económico y de desarrollo, por ello no puede crear normas que lo que contraríen abierta o manifiestamente, o que vulneren los derechos constitucionales de las personas; además, en el mismo sentido el principio de *progresividad* también demarca la forma en que el Congreso puede introducir normas sobre este tema, y cómo el gobierno puede establecer las políticas sociales y económicas subsecuentes, y por ello ha sido utilizado como un parámetro de control abstracto de constitucionalidad.<sup>1286</sup>

En la sentencia C-486-16 la CCC reiteró, según lo que ha establecido en su jurisprudencia, que el mandato de progresividad comporta las siguientes conductas al Estado:

- (i) la satisfacción inmediata de niveles mínimos de protección;
- (ii) el deber de observar el principio de no discriminación en todas las medidas o políticas destinadas a ampliar el rango de eficacia de un derecho;

---

<sup>1284</sup> Ver CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencias C-644 del 2012, C-038 de 2004, C-1165 del 2010 y C-372 de 2011.

<sup>1285</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-077 de 2017.

<sup>1286</sup> Ibid.

(iii) la obligación de adoptar medidas positivas, deliberadas, y en un plazo razonable para lograr una mayor realización de las dimensiones positivas de cada derecho, razón por la cual la progresividad es incompatible, por definición, con la inacción estatal; y

(iv) la prohibición de retroceder por el camino iniciado para asegurar la plena vigencia de todos los derechos

Por otra parte, el control constitucional también se puede hacer por vía negativa, tomando en cuenta la prohibición de regresividad, pues se puede verificar la existencia de una medida regresiva en los siguientes eventos<sup>1287</sup>:

(i) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho;

(ii) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho;

(iii) cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho. En este último caso se puede considerar *a priori* que hay una vulneración a la prohibición de regresividad cuando no se han satisfecho los estándares exigidos.

Como se puede observar, el control constitucional con relación al presupuesto se podría dar en casos en los que el legislador vulnere por acción los derechos sociales, a través de la expedición de normas con contenido regresivo. Claro está, es importante reconocer que no se trata de una prohibición absoluta, pues sería posible adoptar una medida regresiva siempre y cuando no afecte el contenido mínimo indisponible del derecho comprometido, sea de carácter temporal, busque satisfacer una finalidad constitucional imperativa, sea efectivamente conducente a la finalidad perseguida, sea necesaria por ser la menos lesiva de entre todas las posibilidades existentes, el beneficio es superior al costo y no sea abierta e irracionalmente discriminatoria<sup>1288</sup>.

---

<sup>1287</sup> *Ibíd.* Ver también CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-507 de 2008.

<sup>1288</sup> En el Anexo 4 se presenta un listado con ejemplos de sentencias en las que la CCC declaró la inconstitucionalidad o la exequibilidad condicionada de medidas regresivas.

Esto se traduce procesalmente en que se revierte la carga de la prueba en las acciones públicas de inconstitucionalidad que involucren el análisis de medidas regresivas, y sean las autoridades las que deben demostrar la existencia de razones constitucionales imperiosas que expliquen su necesidad, y no los accionantes.

Pero este control podría darse también en contextos omisivos pues la inacción legislativa y del ejecutivo riñen con el principio de progresividad. Esto es típico en los denominados *estados de cosas inconstitucionales*,<sup>1289</sup> con relación a los cuales se ha acusado repetidamente a la CCC de entrometerse en labores de otros poderes públicos, pero este asunto se verá más adelante.

### **c) La justicia dialógica: algunas condiciones con que debe actuar una Corte respetuosa de la división de poderes**

La justicia dialógica es un concepto que surge desde las concepciones del constitucionalismo contemporáneo, así, Roberto Gargarella<sup>1290</sup> indica que sus orígenes se encuentran en prácticas judiciales desde inicios de los años 80 del Siglo XX, mediante las cuales se buscaba una salida a las tensiones entre democracia y control constitucional por parte de un tribunal, en especial por la rigidez institucional que se hereda de la tradición de la división de poderes (sistema de frenos y contrapesos o *check and balances*), y la forma en que se positiviza la función de control constitucional pues los tribunales actúan tradicionalmente como *legisladores negativos*.

Es importante apuntar que Gargarella usa el término *constitucionalismo dialógico*, por lo que es de suponer que lo hace por los orígenes legales de la figura a

---

<sup>1289</sup> El estado de cosas inconstitucional es una figura que utiliza la CCC desde 1997 con la Sentencia SU-559 de 1997, en casos en que la omisión del legislador o la falta de una política pública generan en la práctica el desconocimiento sistemático de los derechos fundamentales de amplios grupos de personas, es, en resumen, un estado de cosas contrario a los mandatos de la Constitución.

En palabras de la Corte esta figura se usa: “con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general - en tanto que afectan a multitud de personas -, y cuyas causas sean de naturaleza estructural - es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional.” Énfasis añadidos (Sentencia T-153-98 párr. 53).

<sup>1290</sup> Roberto GARGARELLA, “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos” en Roberto GARGARELLA (comp.), *Por una justicia dialógica...*, Op. Cit., p. 119; Roberto GARGARELLA y Paola BERGALLO, “Presentación”, en Roberto GARGARELLA (comp.), *Por una justicia dialógica...*, Op. Cit., p. 9-13.

partir de la Carta de Derechos de Canadá de 1982, pero la expresión es sinónima a la de *justicia dialógica*. En este sentido, relata junto a Paola Bergallo el origen de la práctica de la siguiente forma:

“Podríamos decir que el constitucionalismo dialógico nació, en la práctica, en 1982, en Canadá, cuando allí se adoptó la ‘Carta de Derechos’. Entre otras novedades, esta incluyó la famosa ‘cláusula del no obstante’ (*notwithstanding clause*) que permitía a la Legislatura insistir con su legislación, durante otros cinco años, a pesar de que la Corte la declarase incompatible con la Carta misma. Aunque modesta en su alcance, esta novedad abrió la puerta institucional a una forma diferente –más consensuada– de relación entre jueces y legisladores, que ya no iba a caracterizarse por la presencia de un Poder Judicial con el derecho de imponer su autoridad sobre las Legislaturas, en caso de desacuerdo con estas respecto del significado de la Constitución. Este desarrollo institucional canadiense fue retomado, poco después, en varios países del Commonwealth (Reino Unido, 1998; Nueva Zelanda, 1990; Australia, 2004), dando lugar a un constitucionalismo de nuevo cuño (se habla desde entonces del ‘nuevo modelo Commonwealth del constitucionalismo’), de tipo menos rígido, más conversacional”<sup>1291</sup>

El nuevo modelo constitucional del Commonwealth se caracteriza por dos tipos o mecanismos de *diálogo* entre los poderes políticos y las cortes, el primero es la revisión política de constitucionalidad, involucrando a los poderes legislativos en la revisión de conformidad constitucional de las normas antes de que se conviertan en leyes vigentes; el segundo, las formas débiles de control judicial.<sup>1292</sup>

Hasta aquí se encuentran dos hitos en la historia de la justicia dialógica<sup>1293</sup> pero debe tenerse en cuenta que, como explica Gargarella, existen otros dos que marcan la diferente forma en que se entiende y aplica la figura en el Commonwealth y en los países del Sur Global.

El tercer hito es el *derecho de consulta* de los pueblos y comunidades indígenas, cuya base jurídica reposa en la Convención 169 de la OIT de 1989, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, y para el contexto interamericano, en varias decisiones de la Corte Interamericana de Derechos

<sup>1291</sup> Roberto GARGARELLA y Paola BERGALLO, “Presentación”, en Roberto GARGARELLA (comp.), *Por una justicia dialógica*, Op. Cit., p. 10.

<sup>1292</sup> Roberto GARGARELLA, “El nuevo constitucionalismo dialógico...”, Op. Cit., p. 120.

<sup>1293</sup> Explica Mark Tushnet que la etiqueta *dialógica* fue dada por los académicos canadienses Peter W. Hogg y Allison A. Bushell [ahora Thornton] en 1997 en el artículo “The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing After All)” [versión en castellano Peter W. Hogg y Allison A. Bushell, “El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas (o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo)” en Roberto GARGARELLA (comp.), *Por una justicia dialógica*, Op. Cit., p. 17-49]. Mark TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton, 2008, p. 31.

Humanos. La consulta implica que las comunidades indígenas deberán ser consultadas cada vez que medidas legislativas o administrativas puedan afectarlos directamente.<sup>1294</sup>

El cuarto y último hito es la práctica judicial de los tribunales superiores de varios de los países del Sur Global en procesos de litigio estructural. Este tipo de casos suelen involucrar problemas públicos de gran envergadura, y masivas y/o graves violaciones de derechos.<sup>1295</sup>

Los casos estructurales pueden identificarse porque (1) afectan a un gran número de personas que denuncian la violación de sus derechos, (2) involucran a varios organismos y departamentos del Estado, y (3) aparejan la necesidad de emitir medidas estructurales. Estos casos se producen en lo que la CCC ha denominado el *estado de cosas inconstitucional*, pues las omisiones estatales generan vulneraciones sistemáticas de derechos fundamentales<sup>1296</sup>.

Ahora bien, esto permite concluir que el constitucionalismo dialógico puede haber *nacido* en el mundo anglosajón pero la noción de justicia dialógica se desarrolla y toma forma propia en los países del Sur Global (destacan Argentina, Brasil, Colombia, India y Suráfrica).<sup>1297</sup> En este contexto la práctica de la justicia dialógica se aparta de su origen legal en el sistema jurídico canadiense para asentarse en las prácticas jurisdiccionales de tribunales encargados del control de constitucionalidad y la tutela de derechos fundamentales. Es importante acotar que la diferencia de la forma en que concibe y funciona esta figura entre los países del Commonwealth y los del Sur Global bien puede deberse a la fortaleza y buen funcionamiento de los poderes públicos en los primeros, pero sería impensable en nuestros contextos, caracterizados por lo contrario.

El constitucionalismo dialógico, sostienen Gargarella y Bergallo: “vendría a decirnos que los asuntos constitucionales fundamentales deben ser resueltos mediante una conversación extendida, persistente en el tiempo, y que debe involucrar a las distintas ramas del poder, tanto como a la propia ciudadanía.”<sup>1298</sup>

---

<sup>1294</sup> Ibid.

<sup>1295</sup> Íd., p. 121.

<sup>1296</sup> Ejemplos de estas situaciones en Colombia han sido: el régimen del UPAC, la falta de convocatoria a concurso público de notarios, el hacinamiento carcelario, la situación de las personas internamente desplazadas por el conflicto armado, y la crisis del sistema de salud.

<sup>1297</sup> Roberto GARGARELLA, “El nuevo constitucionalismo dialógico...”, Op. Cit., p. 121; Roberto GARGARELLA y Paola BERGALLO, “Presentación”, Op. Cit., p. 12.

<sup>1298</sup> Roberto GARGARELLA y Paola BERGALLO, “Presentación”, Op. Cit., p. 10.

De acuerdo con lo anterior, serían posibles varias respuestas dialógicas de los tribunales. Así, Gargarella y Bergallo indican las siguientes: establecimiento de mecanismos de monitoreo de sus decisiones con ayuda de la ciudadanía, exhortación a los gobiernos a cumplir con ciertos derechos y/o advertencia sobre la inconstitucionalidad de ciertas alternativas, no imposición judicial de la solución con una fijación de plazos para que los poderes políticos remedien la situación, y análisis de los debates legislativos para asegurarse de que existe un ejercicio democrático genuino y no mera apariencia de este.<sup>1299</sup>

En resumen, la justicia dialógica desde el Sur Global se puede entender como la posibilidad de que la justicia constitucional conozca de casos que involucren la deficiencia de políticas públicas, en especial políticas sociales, o su falta absoluta, en aras de realizar y proteger los derechos fundamentales de las personas, pero sin suplantar al poder ejecutivo ni al legislativo. En otras palabras, la justicia constitucional no tolera la inactividad de otros poderes públicos con relación a los mandatos constitucionales, pero tampoco los suplanta.

Ahora bien, para que el ejercicio de *diálogo* se produzca es necesario empezar por indicar que las formas propias del proceso constitucional se deben respetar, empezando por la acción misma, que es de titularidad pública y activa la jurisdicción solo a partir de la interposición del respectivo escrito, pues no funciona de oficio.

En el control constitucional, abstracto o en tutela de casos concretos, los jueces deben ser rigurosos desde el momento mismo de evaluar el texto con que se interpone la acción, pues no se trata de una cuestión que opere de oficio. Las personas que activen estos mecanismos de garantía deben cumplir con unas cargas procesales mínimas que se presentan en los siguientes apartes.

En la sentencia C-486-16 la CCC recuerda que de conformidad con el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 (régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional), las demandas de inconstitucionalidad deben cumplir requisitos formales mínimos, que se concretan en (i) señalar las normas acusadas y las que se consideran infringidas; (ii) referirse a la competencia de la Corte para conocer del acto demandado; (iii) explicar el trámite desconocido en la expedición del acto, de ser necesario, y (iv) presentar las razones de la violación. La CCC explica

---

<sup>1299</sup> Íd., p. 12.



que exigir al ciudadano cargas argumentativas mínimas (requisito iv) tiene los siguientes propósitos:

“evitar que, de una parte, la Corporación establezca por su cuenta las razones de inconstitucionalidad, convirtiéndose entonces en juez y parte del trámite, y generando una intromisión desproporcionada del Tribunal Constitucional en las funciones propias del Congreso de la República; y, de otra parte, que ante la ausencia de razones comprensibles, que cuestionen seriamente la presunción de corrección de las decisiones adoptadas en el foro democrático, deba proferirse un fallo inhibitorio, frustrándose así el objetivo de la acción de inconstitucionalidad.”<sup>1300</sup>

Por lo anterior, las personas que hagan uso de la acción deben cumplir con las cargas argumentativas de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia. Así lo estableció la CCC en la sentencia C-1052 de 2001, indicando que las razones de inconstitucionalidad deben ser: (i) claras, es decir, tengan un curso de exposición comprensible y presenten un razonamiento inteligible sobre la inconstitucionalidad alegada; (ii) ciertas, o sea, que expongan un contenido normativo que razonablemente se pueda atribuir a los textos demandados, no interpretaciones puramente subjetivas, caprichosas o irrazonables; (iii) específicas, no argumentos genéricos o excesivamente vagos; (iv) pertinentes, es decir, esbocen un problema de constitucionalidad y no de conveniencia o corrección de las normas demandadas; y (v) suficientes, o que sean capaces de generar a priori dudas sobre la constitucionalidad del enunciado normativo.

Pese a lo anterior, el cumplimiento de los requisitos enunciados no debe entenderse como una cortapisa a la acción presentada, sino que implica que la Corte debe evaluarlos con base en el principio *pro actione*, según el cual el rigor al examinar la demanda no debe ser tal que haga nugatorio el derecho a actuar, pues se trata de una acción abierta a todos los ciudadanos y que no exige acreditar la condición de abogado.

El escrutinio de la Corte entonces no debe ser excesivamente riguroso y debe preferirse una decisión de fondo antes que una inhibitoria, para así privilegiar la efectividad de los derechos de participación ciudadana y de acceso al recurso judicial efectivo. Esto ha sido reiterado por la CCC en sentencias como las C-330 de 2013, C-533 de 2012, C-100 de 2011 y C-978 de 2010.

Para continuar desarrollando este tema es necesario recordar las críticas que usualmente se hacen a la justicia constitucional en cuanto al control de la economía, y

---

<sup>1300</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-034/14, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-034-14.htm>



también presentar las respuestas a estas, que por cierto ya han sido rebatidas y desmontadas por diversos estudiosos del tema. Para ello se tomará como punto de apoyo para la exposición en las siguientes páginas el trabajo de Rodrigo Uprimny<sup>1301</sup>. Dentro de las críticas se suele decir lo siguiente<sup>1302</sup>:

1. En las democracias los parlamentos y el gobierno son quienes tienen derecho a decidir sobre el modelo económico y la orientación del gasto público, por ende, como los jueces no son elegidos popularmente, su intervención en la economía resulta antidemocrática.

2. La anulación de determinadas decisiones económicas implica una constitucionalización de un cierto modelo de desarrollo excluyendo posiblemente con ello ciertas opciones que pueden estar apoyadas por grupos importantes de la población, afectando con ello el pluralismo de la Constitución.

3. Los jueces constitucionales no tienen la idoneidad técnica para pronunciarse sobre complejos temas de macroeconomía.

4. En relación con lo anterior, no tienen presentes las restricciones presupuestales y tienden a ser *botaratas* pues son insensibles a las consecuencias financieras de sus decisiones.

5. Se afecta la seguridad jurídica pues en cualquier momento una ley podría ser anulada por inconstitucionalidad.

6. La intervención de los jueces constitucionales erosiona la participación ciudadana, pues los ciudadanos reemplazan la lucha electoral y la movilización política por la interposición de acciones judiciales.

Sobra mencionar que luego de vistas algunas consideraciones sobre algunas de las materias sobre las que recaería el control constitucional, algunas de estas objeciones pierden peso y se descubre que muchas de ellas carecen de profundidad, pero se debe continuar con el análisis de las respuestas a estas críticas.

En cuanto a la *dificultad contramayoritaria* se deben hacer dos precisiones: la primera, que a los jueces constitucionales les fue encomendada por el poder constituyente la labor de proteger y preservar la supremacía de la Constitución, necesaria

---

<sup>1301</sup> Rodrigo UPRIMNY, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía”, Op. Cit., p. 319-354; Rodrigo UPRIMNY, “Reflexiones tentativas sobre Constitución, economía y justicia constitucional en América Latina”, en Dunia Martínez (edit.), *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Corte Constitucional para el período de transición, 2011, p. 57-108.

<sup>1302</sup> Rodrigo UPRIMNY, “Reflexiones tentativas sobre Constitución, economía y justicia constitucional en América Latina”, Op. Cit., p. 74-76.

para asegurar un gobierno limitado y no arbitrario, por lo que anular normas inconstitucionales solo va en consonancia con la voluntad popular positivizada en la Constitución.

La segunda precisión es que la democracia no equivale al gobierno *omnímodo* de las mayorías, por lo que también debe haber un control sobre las decisiones que tomen sus representante pues no pueden desconocer los derechos fundamentales, ni atropellar a las minorías que no pueden acceder al poder, y esto lo debe hacer un órgano independiente y que no pertenezca a estas mayorías, por paradójico que suene. De acuerdo con las tesis de Ferrajoli, los jueces no tienen entonces legitimidad democrática formal pero sí legitimidad democrática sustancial<sup>1303</sup>.

Por otra parte, y sumándose a la claridad hecha por Uprimny, “una cosa es defender democráticamente cierta forma de control judicial de constitucionalidad (...) y otra muy diferente es respaldar ciegamente toda intervención de los jueces constitucionales.”<sup>1304</sup> En este punto vale la pena recordar que los términos activismo y progresismo no son sinónimos, pues también puede existir el activismo judicial conservador, que busca mantener el *statu quo*, baste recordar el ejemplo de la Suprema Corte de Estados Unidos que entre 1905 y 1937 anuló diversas leyes sobre cuestiones sociales tales como la limitación del número máximo de horas laborales y salarios mínimos, y defendió la constitucionalidad de las leyes sobre segregación racial.

Con relación a la *rigidez del modelo constitucional* en cuanto a los posibles modelos económicos, no se trata de una cuestión creada por los jueces constitucionales, ya que los críticos olvidan, o desconocen de manera intencional, que la Constitución misma ya impone una serie de límites y directrices sobre las posibles políticas económicas que pueden adoptar las mayorías, pues no es posible adoptar cualquier modelo económico, y menos hacerlo en contravención de los derechos fundamentales, sean económicos, sociales y culturales, o sean civiles y políticos.

Además, uno de los rasgos de la Constitución colombiana, y quizás de las de otros países andinos, es que existe una tensión permanente entre los postulados del Estado social de Derecho y el modelo económico neoliberal, lo que en la tribuna jurídica supondrá que no existen decisiones estandarizadas para todos los casos, y que los jueces

---

<sup>1303</sup> Luigi FERRAJOLI, *Razón y derecho*, Op. Cit., p. 855.

<sup>1304</sup> Rodrigo UPRIMNY, “Reflexiones tentativas sobre Constitución, economía y justicia constitucional en América Latina”, Op. Cit., p. 93.

actúen con mayor o menor rigidez dependiendo de si así lo exige o no la Constitución y de las circunstancias particulares de cada situación.

En cuanto a la *supuesta incapacidad técnica*, se trata de una crítica hecha a la ligera pues no se reconocen las formas propias de los procesos jurisdiccionales, incluido el constitucional, que como cualquier proceso (administrativo, civil, mercantil, penal, etc.) cuenta con la posibilidad de apoyarse en peritos, realizar audiencias y conceptos técnicos en caso de tratarse de materias de otras disciplinas.

En consonancia con la crítica, tampoco sería posible que los parlamentos ni los ciudadanos pudieran legislar sobre materias económicas dada su complejidad técnica, y por ende, debería según sugiere la crítica, delegarse esta facultad exclusivamente a organismos expertos en la materia como por ejemplo bancos centrales u organismos de cooperación internacional, lo que resulta a todas luces más antidemocrático aún.

Con relación a la *insensibilidad de los jueces a las consecuencias financieras* de sus fallos, sostiene Uprimny<sup>1305</sup> que esta crítica solo es en parte válida, pues es razonable que los tribunales les presten atención pero no puede ser el único criterio que deban tener en cuenta a la hora de resolver cuestiones económicas o de lo contrario se paralizaría toda la función judicial y se consolidaría una situación generalizada de incumplimiento por parte del Estado, pues toda decisión judicial contra el actuar estatal, en mayor o menor medida, puede conllevar efectos sobre el erario público.

Los jueces constitucionales tienen la función de proteger los valores, disposiciones y derechos constitucionales, sin importar que sus decisiones resulten impopulares, no hacerlo conduciría a la disolución de los derechos de los ciudadanos. Si solo estuviesen pendientes de las consecuencias económicas de sus fallos perderían su independencia y naturaleza jurisdiccional y se convertirían en órganos políticos, por ello deben decidir conforme al derecho vigente y solo valorar de manera residual los efectos económicos, pero sin que se conviertan en el factor vital de decisión.

Sobre la *inseguridad jurídica* caben dos consideraciones: en primer lugar, las normas jurídicas en nuestros tiempos, quizás más que en otros, cambian con una rapidez abrumadora, por lo que los parlamentos vendrían a ser la mayor fuente de inseguridad jurídica; además, no se trata de un mal que solo aqueje a Colombia, pues la explosión normativa es un rasgo propio de la globalización y que ha sido denunciado por autores

---

<sup>1305</sup> Íd., p. 82.

como Luigi Ferrajoli como uno de los signos de la debilidad institucional que sufren los Estados frente a los poderes transnacionales salvajes y/o como consecuencia del capitalismo de corte depredador de la actualidad.

Si se da la vuelta al argumento, se tendría entonces que la anulación de una norma que vulnere derechos constitucionales resulta mucho más proclive a proteger la seguridad jurídica, pues los ciudadanos no quedarían sujetos a las variaciones caprichosas de la legislación. En este sentido es muy importante recordar lo dicho atrás sobre la prohibición de regresividad como principio generador de confianza legítima.

Por último, con relación a la *desmovilización ciudadana y la politización de la justicia*, es innegable que se trata de un riesgo real, sin embargo debe matizarse, pues por una parte el espacio político de los movimientos sociales se ha reducido debido a la promulgación de normas que reprimen la protesta, acallan las voces del disenso, y castigan la libertad de expresión, y por otra, los ciudadanos se han hastiado del desastroso manejo de la cosa pública y de la política, por lo que tienen poco o nulo interés de una militancia política activa, y encuentran en el litigio constitucional un espacio de lucha política en el que sí hay una cierta igualdad de armas, no como en la formación de las leyes, en el que hay un predominio del lobby de grupos poderosos.

Además, se debe reiterar lo dicho sobre el activismo judicial, pues para fortuna de Colombia la Corte Constitucional ha tenido una actitud progresista, la capacidad técnica y la movilización política de grupos de ciudadanos en temas de vital importancia, en especial para el reconocimiento y desarrollo de los derechos sociales de ciertos grupos excluidos como los deudores hipotecarios, las personas privadas de la libertad, los desplazados, entre otros.

Ahora bien, vale la pena resaltar que las acusaciones a la CCC de haber *politizado la justicia*, en especial con el tema de derechos sociales, desaparecen al mirar de cerca las cifras. En un estudio realizado por Mauricio García Villegas y María Paula Saffon,<sup>1306</sup> los autores encontraron al estudiar 334 sentencias seleccionadas aleatoriamente para el período 1992-1997 y 309 sentencias para el período 1998-2006 que:

---

<sup>1306</sup> María Paula SAFFON y Mauricio GARCÍA-VILLEGAS, “Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, Op. Cit., p. 75-107.

- Entre 1992 y 2006, alrededor del 44% de las sentencias de tutela correspondían a la protección de derechos civiles y políticos, mientras que el 56% lo era a derechos sociales.

- Del total de casos sobre derechos sociales, en el 66% se concedió la tutela y se negó el 34%.

Ilustración 21	
Porcentajes de sentencias sobre Desc	
<b>Tabla 1. Porcentaje ponderado de sentencias sobre derechos sociales (1992-2006)</b>	
Casos	% del total
Derechos civiles y políticos	44%
Derechos sociales	55%
<b>Total</b>	<b>100%</b>
<b>Tabla 2. Porcentaje de sentencias sobre derechos sociales concedidas y negadas</b>	
Casos	% del total de casos sobre derechos sociales
Concedidas	66%
Negadas	34%
Fuente: García Villegas y Saffon <sup>1307</sup>	

Hasta aquí parecería que se corrobora que la CCC es excesivamente activista, pero si se continúa con el análisis se encuentra que no es tal, pues al revisar las materias y el tipo de órdenes judiciales se encuentra que NO en todos los casos hay orden de erogación económica no prevista por normas anteriores:

Ilustración 22			
Porcentaje de distribución de sentencias sobre Desc			
<b>Tabla 3. Distribución de sentencias sobre derechos sociales (1992-2006)</b>			
Tipo de sentencia sobre derechos sociales	% del total de sentencias sobre derechos sociales	% de sentencias concedidas	% de sentencias negadas
Derechos sociales prestacionales	76%	71%	28%
Derechos sociales en general	24%	50%	50%
<b>Total</b>	<b>100% (55% del total de tutelas)</b>	<b>N/A</b>	<b>N/A</b>
Fuente: García Villegas y Saffon <sup>1308</sup>			

En el período estudiado los autores categorizaron además según si se trataba de derechos *sociales prestacionales*, es decir, que involucraban una decisión económica sobre si un servicio o subsidio debe o no ser concedido a un individuo o grupo de

<sup>1307</sup> Íd., p. 90.

<sup>1308</sup> Íd., p. 92.

personas, y derechos *sociales en general*, que no implican dicha decisión económica.<sup>1309</sup>

Ahora bien, el porcentaje de decisiones sobre derechos sociales en general fue de 24% (con un 50% de sentencias concedidas y 50% de sentencias negadas) y el de prestaciones del 76% (con un 71% de sentencias concedidas y 28% de sentencias negadas).

De nuevo, hay que precisar la materia de las decisiones, por lo que las sentencias en derechos sociales prestaciones se deben subdividir una última vez según se traten del *pago de lo debido*, o de *derechos sociales prestaciones en sentido estricto*. Esta clasificación permite ahora sí dimensionar el nivel de activismo de la CCC, pues solo si se trata de una erogación “no prevista por una norma o contrato” es cuando se aplicaría esta categoría de análisis, aunque en estricto sentido siempre existen normas, constitucionales o del derecho internacional de los derechos humanos, de las cuales nace el derecho en cuestión.

Ilustración 23	
Porcentajes sentencias Desc prestaciones	
<b>Tabla 4. Distribución ponderada de sentencias de la Corte Constitucional sobre derechos sociales prestaciones</b>	
Sentencias en derechos sociales prestaciones	% del total de casos
Pago de lo debido	63%
Derechos sociales prestaciones en sentido estricto	37%
Total	100% (76% de tutelas sobre derechos sociales)

Fuente: García Villegas y Saffon<sup>1310</sup>

En este último escenario se encontró que el 63% de los casos correspondían a pago de lo debido y solo el 37% a derechos prestaciones en sentido estricto. Y si se tiene en cuenta que solo el 27% de los casos de derechos prestaciones fue concedido, se puede concluir que solo alrededor del 11% del **total** de las sentencias de tutela entran en la categoría de “fallos activistas”, pues 20% versan sobre pago de lo debido, y 7% son sentencias de derechos sociales no suponen erogación económica.

<sup>1309</sup> Vale la pena recordar lo dicho páginas atrás sobre este aspecto, pues de manera errada se suele explicar que los derechos sociales se diferencian de los civiles y políticos por su *naturaleza prestacional*, pero esto no es así, pues todos los derechos tienen facetas prestaciones y de abstención, por ejemplo, se pueden satisfacer derechos sociales con abstención: no restringir la huelga, no decomisar de manera arbitraria herramientas de trabajo; por otra parte, los derechos civiles y políticos también requieren prestaciones: la financiación de campañas políticas, los gastos de consultas populares, los salarios de jueces y policías.

<sup>1310</sup> María Paula SAFFON y Mauricio GARCÍA-VILLEGAS, “Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, Op. Cit., p. 93.

Por último, se deben tener presentes los derechos tutelados en los casos de derechos sociales prestacionales:

- Salud 32%
- Seguridad social (pensiones) 14%
- Salud de niños y niñas 3%
- Educación de niños y niñas 1%
- Otros 1%

Como se puede ver, no aparecen en el panorama como temas recurrentes otros derechos sociales como trabajo, vivienda, alimentación, ni relacionados con la cultura. Si además, se tiene en cuenta que el universo de casos fue de 643, en un período de 15 años, el 11% representa 71 fallos aproximadamente, es decir, 5 casos aproximadamente al año, en un país de 48,65 millones de habitantes.

Ilustración 24					
Porcentajes de sentencias sobre Desc concedidas y negadas					
Tabla 5. Porcentajes ponderados de protección de derechos sociales concedidos y negados					
Sentencias por tipos de derechos sociales			% del tipo de derechos sociales (DSPeSE o DS en general)	% de derechos sociales	% del total de sentencias de tutela
Derechos sociales prestacionales	Concedidas	Derechos sociales prestacionales en sentido estricto	27%	19%	11%
		Pago de lo debido	44%	34%	20%
	Negadas		27%	22%	12%
Derechos sociales en general	Concedidas		50%	12%	7%
	Negadas		49%	11%	6%
Total				100%	56%

Fuente: García Villegas y Saffon<sup>1311</sup>

Con base en lo anterior es posible concluir que la CCC no alcanza el nivel de activismo que las críticas le endilgan, ni por nivel porcentual de casos ni por temas

<sup>1311</sup> Íd., p. 95.

controversiales como por ejemplo trabajo y vivienda; además, la acción de tutela funciona como remedio judicial contra la ineficacia de la administración, aunque las posibilidades para producir cambios sociales siempre estarán muy limitadas.

Lo anterior se puede ratificar además con lo expuesto en la primera parte de este capítulo cuando se estudió el trabajo de César Rodríguez y Diana Rodríguez<sup>1312</sup>, y se indicó que los autores identificaron que entre las decisiones paradigmáticas de casos estructurales T-153 de 1998 sobre las condiciones de personas privadas de la libertad y la T-025 de 2004 hubo un cambio de actitud en la CCC, pues de una primera ola de activismo fuerte o *activismo monológico* pasó a una de activismo moderado o *activismo dialógico*, que ha dado mejores resultados tanto en las relaciones de la jurisdicción constitucional con los otros poderes públicos, como en el desarrollo y protección de los derechos sociales.

La justicia dialógica es la forma en que los esfuerzos de la CCC se han dirigido mejor, pues del activismo monológico de la sentencia sobre hacinamiento carcelario (T-153 de 1998), pasó al activismo dialógico de la sentencia T-025-04, sobre derechos de las personas internamente desplazadas<sup>1313</sup>. Tan importante fue el impacto de mantener el seguimiento de este fallo, que hasta hoy se sigue aplicando la decisión, baste ver el artículo 58 de la Ley 1815 de 2016<sup>1314</sup> con la que se aprobó el presupuesto del año 2017.

El efecto de desbloqueo de las burocracias estatales fue tal vez el más visible. De manera anecdótica relata Rodríguez que varias personas entrevistadas así lo manifestaron, por ejemplo, las entidades estatales *intentaron mantener la inercia* y le solicitaron a la CCC que suspendiera la ejecución de la sentencia durante 2 años, mientras realizaban los estudios técnicos y la planeación presupuestal necesarios para determinar cuánto dinero se necesitaba para atender a la población internamente desplazada, la Corte solo les dio un mes de plazo, y en efecto, el cálculo presupuestario salió en un mes (la cifra se fijó en 4.7 billones de pesos).

---

<sup>1312</sup> Ver nota al pie N° [1133](#)

<sup>1313</sup> Aunque en honor a la verdad se debe indicar que no se ha vuelto a ver un ejercicio de esta naturaleza, sino esfuerzos aislados por mantener algún tipo de seguimiento sin llegar a replicar los alcances de este ejemplo.

<sup>1314</sup> ARTÍCULO 58. Las entidades responsables de la Atención Integral a la Población Víctima por la Violencia, del orden Nacional, darán prioridad en la ejecución de sus respectivos presupuestos, a la atención de la población víctima del conflicto armado interno y en especial a la población desplazada por la violencia, en cumplimiento de la Sentencia T-025 de 2004 y de sus Autos de Seguimiento proferidos por la Honorable Corte Constitucional.

Las entidades deberán atender prioritariamente todas las solicitudes de Ayuda Humanitaria de Emergencia y Transición constituyendo esta un título de gasto prevalente sobre las demás obligaciones de la entidad.



Esto comprueba lo dicho líneas atrás cuando se habló del uso de recursos hasta el máximo posible, pues como se puede ver, no siempre los recursos estatales se refieren necesariamente a dinero, en este caso el recurso humano y técnico fue determinante para empezar a cumplir con la sentencia de la CCC.

Se necesita entonces entidades públicas eficientes, sensibles con la Constitución y conscientes de que su rol va más allá de las proformas y los trámites administrativos, pues deben hacer parte de un sistema enfocado en cumplir y ampliar el goce de derechos. Las autoridades deben enfocarse más en el panorama global y no tanto en el mero trámite de gastos de funcionamiento, como por ejemplo la compra de utensilios de oficina y ejecución de gastos apresurada en los últimos meses del año para no perder los recursos asignados y no ejecutados en el año fiscal.

#### 4.6.2 Acción de cumplimiento

En la Constitución Política de Colombia de 1991 se incluyó en el esquema de acciones en defensa de la constitucionalidad y la legalidad, una muy particular que no existía hasta el momento en el sistema jurídico, la acción de cumplimiento. Explica Beatriz Londoño<sup>1315</sup> que esta se inspira en dos instituciones del derecho anglosajón, el *writ of mandamus* y el *writ of injunction*, aunque también existía el antecedente del derecho colombiano de la acción de reparación directa y cumplimiento del artículo 86 del derogado Código Contencioso Administrativo, que hasta 1989 contemplaba la posibilidad de solicitar el cumplimiento de un deber que la administración elude. Esta acción fue incluida expresamente en la Constitución de 1991 por anhelo de la Asamblea Nacional Constituyente, pues la situación de incumplimiento de la legalidad era intolerable<sup>1316</sup>.

La acción de cumplimiento se incluye en el artículo 87 de la Constitución de 1991 en donde se establece: “Artículo 87. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del

---

<sup>1315</sup> Beatriz LONDOÑO, “Balance de las acciones de cumplimiento en la Constitución de 1991”, en Facultad de Jurisprudencia Universidad del Rosario edit., *La Constitución por construir. Balance de una década de cambio institucional*, Bogotá, Universidad del Rosario/ Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política, 2001, p. 105-107.

<sup>1316</sup> Íd., p. 109-111. La autora incluye varios extractos de los debates de la Asamblea Nacional Constituyente al respecto.

deber omitido.”

Esta disposición constitucional fue desarrollada posteriormente con la Ley 99 de 1993, pero debido a la complejidad de su reglamentación y a que se refería solo a buscar el cumplimiento de leyes o actos relacionados con la protección y defensa del medio ambiente, solicitando prueba del daño ambiental derivado de la norma, se tornó prácticamente inaplicable.<sup>1317</sup>

Luego se promulga la Ley 393 de 1997<sup>1318</sup>, que establece el procedimiento general de la acción, pero también en ese mismo año se habían dictado dos leyes que contemplaban procedimientos específicos: el artículo 16 de la Ley 397 de 1997, que contenía una acción de cumplimiento sobre los bienes de interés cultural, pero fue derogada en 2008<sup>1319</sup>, y el artículo 116 de la Ley 388 de 1997<sup>1320</sup>, que contempla una acción específica para el cumplimiento de una ley o acto administrativo relacionado con la aplicación de los instrumentos previstos en la Ley 9ª de 1989 y la Ley 388 de 1997.

En criterio de Londoño estas dos acciones específicas son: “antitécnicas y caóticas y obedecen a un desconocimiento de la labor que internamente desarrollaba el legislador. Si aplicamos los criterios de la Ley 153 de 1887 debe primar la Ley 393 de 1997 sobre dichas normas.”<sup>1321</sup> Sin embargo, no comparto por completo esta opinión, pues precisamente el hecho de que aún exista una acción de cumplimiento específica,

---

<sup>1317</sup> Íd., p. 108.

<sup>1318</sup> COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 393 de 1997 (Ley de acción de cumplimiento) en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0393\\_1997.html#1](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0393_1997.html#1)

<sup>1319</sup> El artículo 11 de la Ley 1185 de 2008 determinó que el procedimiento para las acciones de cumplimiento de leyes o actos administrativos que tengan relación directa con la protección y defensa de los bienes que conforman el patrimonio cultural de la Nación sería el mismo de la Ley 393 de 1997.

El artículo 16 de la Ley 397 de 1997 regulaba esta acción en los siguientes términos: “ARTÍCULO 16. El efectivo cumplimiento de las leyes o actos administrativos que tengan relación directa con la protección y defensa de los bienes de interés cultural, podrá ser demandado por cualquier persona a través del procedimiento de ejecución singular regulado en el Código de Procedimiento Civil.

Si el incumplimiento proviniera de una autoridad de orden nacional, será competente para conocer del proceso de ejecución en primera instancia, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca; en los demás casos, el Tribunal Administrativo correspondiente a la jurisdicción de la autoridad demandada.

Para librar el mandamiento de ejecución, el juez del conocimiento requerirá al jefe o director de la entidad demandada para que por escrito señale la forma como se está dando acatamiento a lo dispuesto en las leyes y actos administrativos que sustentan la acción de cumplimiento.

Pasados ocho (8) días hábiles sin que se obtenga respuesta del funcionario, el juez procederá a decretar la ejecución. En el mandamiento de ejecución, se condenará en costas al funcionario renuente, y a la entidad que pertenezca, salvo justa causa comprobada, quienes serán solidariamente responsables del pago.

En ningún caso se podrá desistir de la acción interpuesta y la ejecución del cumplimiento será imprescriptible”.

<sup>1320</sup> COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 388 de 1997 en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0388\\_1997\\_pr002.html#116](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0388_1997_pr002.html#116)

<sup>1321</sup> Beatriz LONDOÑO, “Balance de las acciones de cumplimiento en la Constitución de 1991”, Op. Cit., p. 108.

poco conocida pero vigente, resulta ser la tabla de salvación para esta figura en cuanto a la exigibilidad de ciertos Desc como se verá más adelante.

En cuanto a la diferencia en las acciones, explica el Consejo de Estado<sup>1322</sup>, que esta se encuentra en que en el caso del artículo 116 de la Ley 388 de 1997, en lo sucesivo *acción específica de cumplimiento*, el juez competente sería el civil del circuito, mientras que en la Ley 393 de 1997, en adelante *acción general de cumplimiento*, sería el juez administrativo. Además, se debe tener presente que las materias también fijan una diferencia importante, pues existe una restricción, que se verá más adelante, que condenó a la acción general de cumplimiento casi a la irrelevancia.

En todo caso, la acción de cumplimiento resulta ser una herramienta jurisdiccional de vital importancia dentro del esquema de la exigibilidad política de los Desc, pues con ella se busca hacer efectivos “los mandatos, autorizaciones o prohibiciones contenidas en las distintas leyes y actos administrativos.”<sup>1323</sup> <sup>1324</sup>

La *acción específica de cumplimiento* resulta ser una garantía poco conocida para la protección de los derechos a la vivienda, al ambiente, algunos Desc de tipo cultural (por ejemplo en el goce del espacio público), e inclusive por conexidad para la integridad personal y la salud, pues junto con la Ley 9ª de 1989 regulan lo referente a planes de desarrollo municipal, compraventa, expropiación de bienes, normalización de los asentamientos urbanos informales, ordenamiento territorial, acción urbanística, uso

<sup>1322</sup> COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sección Quinta, “Acción de Cumplimiento Expediente No. 2011-00804-01(ACU)” de 9 de mayo de 2012.

<sup>1323</sup> Manuel Fernando QUINCHE RAMÍREZ, *La acción de inconstitucionalidad*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2015, p. 52. El autor reitera que esta acción fue tomada del sistema anglosajón.

<sup>1324</sup> Esta figura ha sido introducida y desarrollada también en otros países, como por ejemplo Ecuador, en donde existen dos tipos de acciones: *la acción por incumplimiento*, con la que se busca la aplicación y cumplimiento de las normas que integran el sistema jurídico y los actos administrativos de carácter general, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando las autoridades públicas o los particulares no las respetan o las omiten (artículos 93 y 436 numeral 5 de la Constitución, artículo 52 al 57 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y artículo 32 del Reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional), y *la acción de incumplimiento*, para conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales (de la Corte Constitucional, así como las provenientes de jueces ordinarios en conocimiento de garantías jurisdiccionales), cuando la Jueza o Juez que dictó la sentencia no la haya ejecutado en un plazo razonable o cuando hay renuencia de la autoridad obligada (artículo 436 numeral 9 de la Constitución, artículos 162 a 165 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y artículo 84 del Reglamento de sustanciación de proceso de competencia de la Corte Constitucional). CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, “Conceptos de justicia constitucional - Acciones por incumplimiento y acciones de incumplimiento”, 30 de junio de 2011, en [https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/ACCIONES\\_POR\\_INCUMPLIMIENTO\\_Y\\_ACCIONES\\_DE\\_INCUMPLIMIENTO.pdf](https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/ACCIONES_POR_INCUMPLIMIENTO_Y_ACCIONES_DE_INCUMPLIMIENTO.pdf)

del suelo, construcción de inmuebles, sanciones por construcción indebida y en especial, regulan algunos aspectos de la vivienda de interés social<sup>1325</sup>.

Con esta acción se busca el cumplimiento de una ley o acto administrativo relacionado con la aplicación de los instrumentos previstos en la Ley 9ª de 1989 y la 388 de 1997, lo que implica que por conexidad se pueda ejercitar para buscar el cumplimiento de las normas que han reformado estas dos leyes. De esta forma, serían pasibles de la acción de cumplimiento específica -y no de la general- cuando menos las siguientes disposiciones:

- Ley 1796 de 2016, sobre medidas enfocadas a la protección del comprador de vivienda y el incremento de la seguridad de las edificaciones;
- Ley 1537 de 2012, sobre desarrollo urbano y acceso a la vivienda;
- Ley 1469 de 2011, para promover la oferta de suelo urbanizable y el acceso a la vivienda;
- Ley 708 de 2001, sobre subsidio familiar para vivienda de interés social; y
- Ley 962 de 2005, artículo 69, sobre transferencia de bienes inmuebles a municipios y distritos para la construcción o desarrollo de proyectos de vivienda de interés social.

Ahora bien, con la *acción de cumplimiento general* de la Ley 393 de 1997 se busca hacer efectivas normas con fuerza material de Ley o actos administrativos, en este sentido la CCC determinó en las sentencias C-157 de 1998 y C-893 de 1999 que la expresión *normas con fuerza material de ley* se deben entender como los mandatos del legislador, provenientes del Congreso o del Gobierno en ejercicio de funciones legislativas, por tanto, la acción de cumplimiento general procede contra actos normativos, que sin ser leyes formalmente, tienen por expreso mandato constitucional,

---

<sup>1325</sup> Precisamente la Ley 388 de 1997 define esta figura así: “Artículo 91. ‘Se entiende por viviendas de interés social aquellas que se desarrollen para garantizar el derecho a la vivienda de los hogares de menores ingresos. En cada Plan Nacional de Desarrollo el Gobierno Nacional establecerá el tipo y precio máximo de las soluciones destinadas a estos hogares teniendo en cuenta, entre otros aspectos, las características del déficit habitacional, las posibilidades de acceso al crédito de los hogares, las condiciones de la oferta, el monto de recursos de crédito disponibles por parte del sector financiero y la suma de fondos del Estado destinados a los programas de vivienda. (...)’ ”. (Énfasis añadido).

fuerza de ley, como sucede con los decretos de facultades extraordinarias del artículo 150, numeral 10 de la Constitución.

Debido a que en el artículo 146 del *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Ley 1437 de 2011<sup>1326</sup>, se incluye esta acción dentro de los *medios de control*, pero no se cambia el proceso a seguir, se debe continuar aplicando lo dicho por la Ley 393/97, pues el artículo solo reitera las disposiciones así: “**Artículo 146. Cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos.** Toda persona podrá acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, previa constitución de renuencia, para hacer efectivo el cumplimiento de cualesquiera normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos.”

Inclusive en cuanto a la constitución de renuencia es más detallada la Ley 393/97, que dispone en el artículo 8º solicitar el cumplimiento del deber legal o administrativo antes de interponer la acción; si quien debe cumplirlo ratifica su incumplimiento o no contesta dentro de los 10 siguientes a la presentación de la solicitud, ya sería posible presentar la acción.

Debido a que para la *acción de cumplimiento específica* solo se solicita adjuntar a la demanda “la prueba de que el demandante requirió a la autoridad para que diera cumplimiento a la ley o acto administrativo” (numeral 1, art. 116 Ley 388/97), se debería entender que se trata del mismo plazo establecido para la *acción de cumplimiento general*.

Dado que ninguna de las normas detalla los requisitos para presentar la solicitud de cumplimiento del deber legal o administrativo ante los obligados, autoridad pública o particular que actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, lo lógico sería acudir a las normas sobre el ejercicio del derecho de petición, contenidas en la Ley 1755 de 2015, que como se indicó antes es la norma que regula el tema.<sup>1327</sup>

La titularidad de las acciones específica y general no difieren, pues ambas coinciden en que la puede interponer toda persona, directamente o a través de un apoderado (Art. 4º Ley 393/97 y Art 116 Ley 388/97); además, también la podrían

---

<sup>1326</sup> COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1437\\_2011\\_pr003.html#146](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#146)

<sup>1327</sup> COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1755 de 2015 (Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1755\\_2015.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1755_2015.html)

ejercitar organizaciones sociales y ONG (literales b y c Art. 4º Ley 393/97), y servidores públicos, en especial el Procurador General de la Nación, los Procuradores Delegados, Regionales y Provinciales, el Defensor del Pueblo y sus delegados, los Personeros Municipales, el Contralor General de la República, los Contralores Departamentales, Distritales y Municipales.

Esta disposición es reiterada por el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, que señala en el artículo 46.2 que el Ministerio Público podrá: “2. Interponer acciones populares, de cumplimiento y de tutela, en defensa del ordenamiento jurídico, para la defensa de las garantías y derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales o colectivos, así como de acciones encaminadas a la recuperación y protección de bienes de la nación y demás entidades públicas.” (Énfasis añadido)<sup>1328</sup>

Esta norma resulta importante para la defensa de los Desc, pues aunque se entendía implícita, es un espaldarazo a la justiciabilidad de este tipo de derechos y demuestra un avance en su protección. A la vez, se puede considerar como un hito normativo para zanjar el debate en cuanto a la naturaleza jurídica de derecho fundamental que tienen los Desc.

Con ello se precautelaría el interés público y las dimensiones colectivas en el ejercicio y goce de determinados Desc; piénsese por ejemplo en el derecho a la educación, vida, salud e integridad física de un grupo de estudiantes que se encuentran recibiendo clases en una construcción deficiente o sin acceso a servicios públicos.

La acción de cumplimiento no tiene término de caducidad por regla general, por ello se podrá interponer en cualquier tiempo; aunque se debe tener presente si se trata de deberes que se agotan con la ejecución del primer acto o que se puedan demandar ante varias autoridades de manera simultánea o en diferentes ocasiones, pues mientras que en el primer caso la sentencia que pone fin al trámite hace tránsito a cosa juzgada, en el segundo, la acción podrá volver a intentarse sin limitación alguna, siempre que no verse sobre los mismos hechos ya decididos y en el ámbito de competencia de la misma autoridad.

Debe tenerse presente además que se trata de una acción que tiene una duración muy breve, pues el juez que la conozca deberá decidirla dentro de los 20 días siguientes

---

<sup>1328</sup> COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012\\_pr001.html#46](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012_pr001.html#46)

a la admisión de la petición, para lo cual pospondrá cualquier asunto de naturaleza diferente, salvo la acción de tutela (arts. 13 y 11 Ley 393/97).

Una vez vistos los rasgos generales de las acciones de cumplimiento, específica y general, es importante hablar del problemático párrafo del artículo 9º de la Ley 393 de 1997. El texto de la norma es el siguiente: “PARAGRAFO. La Acción regulada en la presente Ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos.”

Para autores como Luis Ignacio Betancur<sup>1329</sup> esta limitación de procedibilidad es la razón por la que la acción de cumplimiento “nació muerta”. Sin embargo esta afirmación no es tan contundente, pues si bien se critica el excesivo formalismo en la regulación del trámite de esta acción que constituye una barrera a su accionabilidad,<sup>1330</sup> en la práctica han existido casos en los que los jueces han logrado *esquivar* esta excesiva rigidez<sup>1331</sup>.

La norma fue demandada por inconstitucionalidad en 1998 y la CCC en la sentencia C-157-98 la declaró constitucional. La entidad infortunadamente realizó una interpretación restrictiva, que en la práctica supuso la ineficacia durante varios años de la acción en casos en que se pretendía la justiciabilidad de leyes y actos administrativos que ordenaban gasto. Sostuvo la entidad:

“Las órdenes de gasto contenidas en las leyes, por sí mismas, no generan constitucionalmente a cargo del Congreso o de la administración, correlativos deberes de gasto. No puede, en consecuencia, extenderse a este componente de las normas legales, la acción de cumplimiento. La aprobación legislativa de un gasto es condición necesaria, pero no suficiente para poder llevarlo a cabo. En efecto, según el artículo 345 de la CP., no puede hacerse erogación alguna con cargo al Tesoro que no se halle incluida en la ley de presupuesto. Igualmente, corresponde al Gobierno decidir libremente qué gastos ordenados por las leyes se incluyen en el respectivo proyecto de presupuesto (artículo 346 CP.).

Finalmente, las partidas incorporadas en la ley anual de presupuesto, no corresponden a gastos que “inevitablemente” deban efectuarse por la administración, puesto que ese carácter es el de constituir “autorizaciones máximas de gasto”. El artículo 347 de la Carta Política, en punto a las apropiaciones del presupuesto precisa que en ellas se contiene “la totalidad de los gastos que el Estado *pretenda* realizar durante la vigencia fiscal respectiva”. De ninguna manera se deriva de la Constitución el deber o la

---

<sup>1329</sup> Luis Ignacio BETANCUR, “Acciones constitucionales y gasto público”, en Manuel Alberto Restrepo Medina, (edit.) *Retos y perspectivas del derecho administrativo (Segunda parte)*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009, p. 99.

<sup>1330</sup> Beatriz LONDOÑO, “Balance de las acciones de cumplimiento en la Constitución de 1991”, Op. Cit., p. 111 y ss.

<sup>1331</sup> Luis Ignacio BETANCUR, “Acciones constitucionales y gasto público”, Op. Cit., p. 99. El autor cita un estudio de 2003 de la Dra. Beatriz Londoño en el que se concluye que entre 1999 y 2001 el Consejo de Estado “logró esquivar la norma en un 25% de sus sentencias”.



obligación de gastar, aún respecto de las apropiaciones presupuestales aprobadas por el Congreso.

En el marco de la acción de cumplimiento, facultar al juez para que el gasto previsto en una ley se incorpore en la ley de presupuesto o que la partida que en ésta se contempla se ejecute, quebranta el sistema presupuestal diseñado por el Constituyente, lo mismo que el orden de competencias y procedimientos que lo sustentan. La acción de cumplimiento tiene un campo propio en el que ampliamente puede desplegar su virtualidad. La eficacia del novedoso mecanismo debe garantizarse y promoverse por la ley. Sin embargo, ello no puede perseguirse a costa de alterar las restantes instituciones y mecanismos constitucionales. Por lo demás, resulta insólita la pretensión que se expresa con la fórmula según la cual “todo gasto ordenado por las normas legales habrá de ejecutarse”, que pretende erigir un sistema presupuestal inflexible, apto para servir de escarmiento al abuso o ligereza de la democracia que ordena gastos que a la postre no se realizan. Los recursos del erario provienen de los impuestos de los ciudadanos. De su manejo desordenado y descuidado no puede surgir la receta para curar el mal que con razón se censura.

Por lo anterior, se declarará exequible el parágrafo del artículo 9º de la ley.”<sup>1332</sup>

Esta interpretación yerra cuando se centra solo en los gastos ordenados por ley, ignorando que existen gastos ordenados por mandato constitucional<sup>1333</sup>, así por ejemplo, el artículo 334 de la Constitución colombiana dispone que “En cualquier caso el gasto público social será prioritario”, mientras que el artículo 350 ratifica esta disposición como regla general, agregando una prohibición: “El presupuesto de inversión no se podrá disminuir porcentualmente con relación al año anterior respecto del gasto total de la correspondiente ley de apropiaciones”; y el artículo 366 reitera que el gasto público social tendrá prioridad, con lo que el parágrafo del artículo 9º de la Ley 393 de 1997 estaría contrariando una norma de rango superior cuando se tratará de acciones de cumplimiento en casos que persigan el cumplimiento de normas que establezcan gastos, en especial si involucran gasto público social.

Explica Luis Betancur<sup>1334</sup> que en razón de la sentencia se pueden identificar tres etapas en la jurisprudencia del Consejo de Estado: una amplia antes de la sentencia C-

---

<sup>1332</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-157 de 1998 en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-157-98.htm>

<sup>1333</sup> Otros ejemplos de gastos por mandato constitucional serían el del servicio de la deuda pública (art. 351), las rentas excepcionales de destinación específica (art. 359), los del Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios (art. 357), el uso de los recursos del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación (art. 361), aunque estos dos últimos fueron reformados por actos legislativos varios años después de la sentencia C-157-98.

<sup>1334</sup> Luis Ignacio BETANCUR, “Acciones constitucionales y gasto público”, Op. Cit., p. 99.



157-98, una restrictiva luego de esta en la que acata dicha providencia y una tercera en la que toma distancia y retoma una línea menos rígida<sup>1335</sup>.

Aunque esto es relativo pues el mismo autor reconoce que la postura garantista se ubica en su mayoría la jurisprudencia de algunos Tribunales Administrativos y de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mientras que las Secciones Primera y Quinta del Consejo de Estado mantienen más bien una postura ortodoxa pues no ordenan que se apropien partidas presupuestarias, ni que estando ya apropiadas se ordene su ejecución.<sup>1336</sup> Se puede concluir que, paradójicamente, el mayor o menor éxito de las acciones de cumplimiento que involucren gasto entonces dependerá en gran medida de la suerte con la que cuenten los actores a la hora del reparto de su caso.

Por esta dificultad es que resulta pertinente realizar la diferencia entre las acciones *específica* y *general* de cumplimiento, pues en la primera no existe la restricción para perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos que sí se da en la segunda, pero debería en todo caso tenerse presente la limitación constitucional de establecer gastos por fuera del presupuesto de rentas y de gastos (arts. 345 a 347 de la Constitución).

Como se anotó antes, la acción específica de cumplimiento es una posibilidad poco conocida para la justiciabilidad de los Desc en Colombia, y resulta ser una herramienta menos rígida que la acción general de cumplimiento dependiendo de los deberes que se busque hacer exigibles. El Consejo de Estado ha ratificado que esta acción no fue derogada por la Ley 393 de 1997 sino que está vigente.<sup>1337</sup> Esto implica que la competencia será del juez civil del circuito.<sup>1338</sup>

---

<sup>1335</sup> En este sentido Adriana María RESTREPO OSPINA “Acción de cumplimiento y deberes de gasto”, en *Revista Estudios de Derecho* (Universidad de Antioquia), Vol. LXVI. N° 148, Diciembre 2009. La autora explica que el Consejo de Estado considera que “esta acción sólo procede excepcionalmente respecto de normas que establezcan gastos, siempre y cuando existan los correspondientes certificados de disponibilidad y registro presupuestal.”

<sup>1336</sup> Luis Ignacio BETANCUR, “Acciones constitucionales y gasto público”, Op. Cit., p. 100.

<sup>1337</sup> COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Auto Radicación número: 25000-23-25-000-2003-1050-01(ACU) del 20 de noviembre de 2003, en <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml> En este auto se indica que a esta misma conclusión llegaron las Secciones Primera, Cuarta y Quinta de esta corporación en los autos del 28 de mayo, 6 de julio y 3 de septiembre de 1998. Además, el Consejo de Estado denomina a las acciones: acción especial de cumplimiento y acción general de cumplimiento.

<sup>1338</sup> Aunque en el caso de la Sentencia con Radicación N° 76001-23-31-000-2006-02233-01, Actor: Bertilda Cruz de Penagos, Demandado: Ministerio de Transporte, del 8 de marzo de 2007, en <http://www.notinet.com.co/pedidos/sen1.doc> la Sección Quinta del Consejo de Estado se atribuyó de manera equivocada competencia pues se trataba de una acción de cumplimiento que se originaba en el cumplimiento de la Ley 9 de 1989, e involucraba por conexidad el derecho a la vivienda, y por ende debía ser conocida por el juez civil por el procedimiento del artículo 116 de la Ley 388 de 1997,

Ahora bien, la situación es diferente cuando las acciones de cumplimiento no involucran gasto, al menos no de manera directa. Así se puede evidenciar al revisar una jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado que involucraba el cumplimiento de unas normas de la Ley 1709 de 2014 sobre políticas penitenciarias<sup>1339</sup>.

Esta acción fue instaurada por el señor Alonso Caicedo Montaña, Presidente Nacional de la Asociación Sindical de Empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - ASEINPEC, contra el Presidente de la República, el Ministro de Justicia, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, la Ministra de Educación Nacional, el Ministro de Salud y de la Protección Social, el Ministro de Trabajo, la Ministra de Cultura, la Directora General de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC), el Teniente Brigadier General, el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, el Director del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) y la Directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por considerar que incumplieron varios artículos de la Ley 1709 de 2014.

Luego de revisar los argumentos y las pruebas, el Consejo de Estado encontró que en varios casos las entidades habían incumplido deberes perentorios impuestos por la norma mencionada, por lo que emitió órdenes como las siguientes:

“...SEGUNDO.- ORDENAR que el Ministerio de Justicia y del Derecho en un plazo de un (1) mes siguiente contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia, y dentro del ámbito de sus competencias y en los términos que le señala el artículo 10° de la Ley 1709 de 2014, promueva la aprobación del documento Conpes que le impone la ley. ...

SEXTO.- ORDENAR que el Gobierno Nacional reglamente sobre la forma de pago de la remuneración que la población reclusa deba recibir con ocasión de las actividades laborales que éstos desarrollen. Lo anterior dentro del ámbito de sus competencias y en los términos que le señala el artículo 58° de la Ley 1709 de 2014. Fíjese el plazo de tres (3) meses contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para tal fin.

SÉPTIMO.- ORDENAR al Presidente de la República que por intermedio de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y en el término de seis (6) meses adelante y culmine los correspondientes trámites de consulta ante los pueblos indígenas; comunidades afrocolombianas, raizales y palenqueras; y grupos rom a efectos de presentar a discusión de legislativo el proyecto de ley que reglamente lo correspondiente a la privación de la libertad de los miembros de dichos grupos. ...

---

desconociendo así su propia jurisprudencia sobre el tema.

<sup>1339</sup> COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia Radicación N° 250002341000201500041-01, del 24 de septiembre de 2015, en <http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/25000234100020150004101.pdf>

NOVENO.- ORDENAR que el Consejo Superior de Política Criminal dentro del ámbito de sus competencias y en los términos que le señala el artículo 106 de la Ley 1709 de 2014, proceda en un plazo de seis (6) meses siguientes contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia en un documento Conpes proceda a definir y adoptar el plan estratégico financiero de política criminal. ...”<sup>1340</sup>

Se puede observar que hay una conexión entre esta acción de cumplimiento y el goce de un derecho social, lo que corrobora la afirmación de que esta acción es un mecanismo que puede resultar idóneo para la exigibilidad judicial de los Desc. Se debe resaltar por otra parte, que en la sentencia bajo análisis pese al acierto sobre el tema de la remuneración laboral de las personas privadas de la libertad, el Consejo de Estado fue muy débil sobre el tema de atención en salud.

El actor consideraba que correspondía a la Unidad Administrativa de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC) la adecuación de la infraestructura de las Unidades de Atención Primaria y de Atención Inicial de Urgencias en cada uno de los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país, pero el Consejo de Estado se limitó a decir que la USPEC no se encontraba en mora pues no era un deber imperativo de cumplimiento y que ya se estaba cumpliendo con esta obligación al existir tres contratos: uno para el mantenimiento, mejoramiento y conservación de la infraestructura física general en establecimientos penitenciarios y carcelarios a nivel nacional, otro de seguro para amparar los riesgos económicos derivados de la prestación de servicios en salud no cubiertos por el plan obligatorio de salud a la población carcelaria y a los menores de tres años que viven con sus madres al interior de los centros de reclusión, y el tercero para adquirir, instalar e implementar equipos médicos, odontológicos y mobiliarios hospitalarios para la habilitación de las áreas de sanidad de 138 establecimientos penitenciarios y carcelarios.

Se olvidó entonces la entidad de que las personas privadas de la libertad se encuentran en una especial situación de sujeción y subordinación, por lo que es un deber de cumplimiento inmediato que el Estado les brinde los servicios de salud necesarios para proteger su integridad y vida. Era necesario que la entidad se basara en otro tipo de prueba para verificar si existía o no el incumplimiento, pues la existencia y suscripción de varios contratos no era evidencia de que la adecuación estuviera ocurriendo de

---

<sup>1340</sup> *Ibíd.*

manera efectiva y que se brindara el servicio, sino de que se iba a realizar la construcción, en algún momento.

Es de anotar que tanto la sentencia como la Ley 1709 se encuentran en el contexto del estado de cosas inconstitucional que había declarado la Corte Constitucional varios años antes dado el hacinamiento carcelario, por lo que se puede observar una posible conexión entre aquella jurisprudencia y los avances, cuando menos normativos, en el mejoramiento de la situación de las personas privadas de la libertad.

Visto todo lo anterior, y pese a la restricción que existe en cuanto a la acción general de cumplimiento con relación al gasto, esta sigue teniendo otras posibilidades en la exigibilidad de los Desc, pues a través de ella se podría solicitar judicialmente que el Estado colombiano acate recomendaciones y dictámenes de organismos internacionales<sup>1341</sup> en caso de que fuese renuente o solo les diese cumplimiento parcial. De lo contrario estaría violando las disposiciones de la Ley 32 de 1985, mediante la que se aprobó internamente la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969 e inclusive del Decreto 1240 de 2005, que establece la prelación en el pago de sentencias, acuerdos conciliatorios y/o soluciones amistosas proferidas o aprobadas por órganos internacionales de derechos humanos.

Así ocurrió en el año 2000 como relata Reinaldo Villalba Vargas.<sup>1342</sup> Indica el autor que el Estado colombiano tenía que presentar el informe al Comité del Pidesc en agosto de 1999 pero no lo hizo, por lo que se presentó una acción de cumplimiento en abril del año 2000, solicitando el al Presidente y a la Cancillería el cumplimiento de la Ley 74 de 1968, aprobatoria del Pidesc y de su Protocolo Facultativo; durante el traslado de la acción, el 9 de mayo de 2000 el gobierno envió el informe y se terminó el proceso.

La acción de cumplimiento es quizás menos usada que su hermana la acción de tutela, sin embargo, puede resultar ser una acción más expedita que las establecidas en la jurisdicción ordinaria por lo que debe considerarse como una herramienta a la hora de litigar en el tema de derechos económicos, sociales y culturales, claro está, teniendo presente la materia y si existe o no un deber establecido en una ley, norma con fuerza de ley o inclusive acto administrativo. Es importante ahondar en los estudios sobre el uso

---

<sup>1341</sup> En el mismo sentido Reinaldo VILLALBA VARGAS, “Experiencia colombiana en materia de tutela y exigibilidad jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Octavio Cantón y Santiago Corcuera, (coords.), *Derechos económicos, sociales y culturales. Ensayos y materiales*, México DF, Porrúa /Universidad Iberoamericana, 2004, p. 258.

<sup>1342</sup> *Id.*, p. 257.

de esta acción y las líneas jurisprudenciales que existen hasta el momento, pues al revisar la estadística del Consejo Superior de la Judicatura no se encontraron datos que permitan dimensionar su impacto ya que no están desagregados, a diferencia de las acciones de tutela.

#### 4.4 CONCLUSIONES

En este capítulo fue posible evidenciar, por una parte, que existe una sutil barrera que separa teóricamente las garantías políticas de los derechos sociales de las jurisdiccionales, pero en la práctica este límite es más difuso si se tiene presente que las acciones judiciales son una de las herramientas con las que cuenta la sociedad civil y sus organizaciones para reforzar las garantías primarias; por otra parte, fue posible observar que las relaciones entre los jueces, en especial los constitucionales, y los órganos políticos son más complejas de lo que los críticos del activismo judicial progresista señalan.

En ese sentido, la diferenciación entre activismo judicial conservador y progresista permite evidenciar los límites de la actuación jurisdiccional y sus potencialidades en el reforzamiento de la exigibilidad política de los Desc, pues no es tan nocivo como lo hacen parecer sus críticos, en especial si se tiene en cuenta que puede tener un importante efecto en el desbloqueo institucional.

Además, si se incluyen en el análisis las garantías sociales, se puede concluir que el activismo judicial no es solo un fenómeno de iniciativa exclusiva de los jueces constitucionales, sino que la insatisfacción de la sociedad civil y sus organizaciones con la política ha supuesto que estas canalicen sus demandas muchas veces por el cauce jurisdiccional. No es en últimas una cuestión solo de *jueces activistas* sedientos de protagonismo público, aunque puedan existir casos, sino de *sociedades civiles activistas*, si se prefiere el juego de palabras.

Lo anterior permitió también revisar los límites de las actuaciones judiciales, pues como sostiene Uprimny, “una cosa es defender democráticamente cierta forma de control judicial de constitucionalidad (...) y otra muy diferente es respaldar ciegamente

toda intervención de los jueces constitucionales.”<sup>1343</sup>

Lo anterior supone a los jueces encontrar un punto de equilibrio para sus actuaciones, de manera tal que puedan actuar en defensa de los derechos sociales, y en general de todos los derechos fundamentales si se tiene presente su inescindible relación, pero adoptando los remedios judiciales dependiendo de la situación de cada caso, pues no será igual el sentido de una sentencia cuando existan normas aplicables y estas estén completas, a cuando existan lagunas.

En esta segunda situación se debe tener presente a la vez si se trata de lagunas deónticas (o primarias) o de lagunas jurídicas (o secundarias), pues frente a las primeras es posible que los jueces usen la interpretación para colmar el sentido de la norma, mientras que el segundo tipo de vacíos supone una mayor dosis de actuaciones del legislador o del poder ejecutivo, por lo que no será posible suplirlas con interpretación, *so pena* de suplantar a los poderes políticos y con ello atacar el funcionamiento de la democracia.

En este último caso, recordando el esquema de Nicolás Espejo, la solución aceptable podría encontrarse en las decisiones judiciales que declaran la violación del derecho y le solicitan a los órganos competentes del Estado adoptar medidas sin especificar cómo, pero obligando a actuar dentro de un plazo determinado, superando así los problemas que ocasiona el activismo judicial que declara la violación de derechos e identifica las medidas específicas que deben ser adoptadas y en qué plazo, y que ha demostrado no ser el más adecuado a la democracia, ni el más eficaz en la práctica en especial por la resistencia institucional que genera.

En relación con lo anterior, es de vital importancia que los jueces y cortes conserven la facultad de realizar el seguimiento de sus decisiones, pues a partir del análisis de estudios de autores como César Rodríguez y Diana Rodríguez, o de Saffon y García, se pudo observar que este elemento de las sentencias es quizás el más importante para que las garantías jurisdiccionales en verdad sean efectivas.

Esta consideración bien puede hacerse extensiva para mecanismos cuasi-jurisdiccionales de garantía que existan en el seno de entidades de la Administración Pública en lo que fuese pertinente; infortunadamente no sería posible pensar esta

---

<sup>1343</sup> Rodrigo UPRIMNY, “Reflexiones tentativas sobre Constitución, economía y justicia constitucional en América Latina”, Op. Cit., p. 93.

posibilidad de seguimiento en mecanismos como la mediación o la conciliación, pues hasta el momento las normas que regulan su ejercicio, al menos en el caso colombiano, no contemplan esta posibilidad, sino que ante el incumplimiento sería posible acudir a la jurisdicción ordinaria (u otra competente) pues el documento en el que consta el acuerdo presta mérito ejecutivo.

Ahora bien, muestra de los límites del activismo judicial y de la importancia del seguimiento de los fallos, se puede observar en la realidad con la experiencia de la Corte Constitución de Colombia con la sentencia T-153-98 sobre hacinamiento carcelario. En este caso se pudo evidenciar que los jueces no tuvieron en cuenta las condiciones especiales del goce de Desc de las personas privadas de la libertad, y en consecuencia, su intervención resultó ser activismo conservador; además, el seguimiento a las órdenes impartidas fue débil, con lo que se generó una suerte de patente de corso a la administración pública para seguir manteniendo a las personas privadas de la libertad en la misma deplorable situación denunciada por los actores sociales. Esta situación se mantiene prácticamente igual hasta hoy.

Por otra parte, al seguir el hilo argumentativo del documento fue posible reiterar en el capítulo que pese a las lagunas deónticas que afectan a los derechos sociales, estos sí cuentan con diversas garantías; en especial al remitirse al derecho internacional es posible encontrar en los principales instrumentos internacionales del sistema universal de protección de derechos humanos que los Desc cuentan con garantías primarias y que las secundarias se encuentran en desarrollo. Esto permite redefinir en clave garantista dos de las más importantes instituciones jurídicas para la realización de estos derechos: el deber de progresividad y la prohibición de regresividad.

Así, el deber de progresividad es una *garantía primaria*, que consiste en la obligación positiva que tiene el Estado de implementar de manera paulatina, y hasta el máximo de sus recursos, todas las condiciones necesarias para el disfrute de los derechos sociales en su territorio. Se trata entonces, en términos genéricos, de una *garantía primaria positiva*, y en específico reviste la calidad de *garantía institucional de tipo político y semi-político*.

Por su parte, la prohibición de regresividad es una *garantía primaria* que consiste en las obligaciones negativas que tiene el Estado de abstenerse de: anular su contenido mínimo esencial; desmejorar el nivel de goce y/o prestaciones de un derecho económico,

social y cultural mediante la introducción de legislación o como resultado de la aplicación de políticas públicas; y en tercer lugar, obstruir de manera injustificada a los titulares el goce de los Desc alcanzado de manera legítima y legal por sus propios medios.

En ambos casos no debe confundírselas con garantías secundarias pues ambas son pasibles de acciones jurisdiccionales. En el caso de la prohibición de retroceso habría lugar a acciones de inconstitucionalidad y/o de amparo o tutela dependiendo de la situación en concreto, mientras que en el del deber de progresividad podría ser posible interponer una acción de cumplimiento en el caso colombiano.

En otros aspectos de tipo práctico, es posible evidenciar que estas garantías son más bien frágiles pues las cifras sobre porcentaje de PIB en los presupuestos, indicadas en los acápites precedentes, muestran más bien una tendencia regresiva. Además, al cruzar estos datos con los informes de los Estados al Comité Desc y la respuesta a asuntos específicos una vez presentados aquellos, se observa que este aspecto es manejado de manera muy escueta en las recomendaciones del Comité Desc. Convendría que la regresividad y la progresividad fueran tomadas más en serio tanto por los Estados como por las entidades de la ONU (y otras internacionales, regionales y comunitarias).

En este aspecto se deben reforzar también las mediciones a través de indicadores de derechos humanos, tanto en su uso constante como en la veeduría anual de los presupuestos públicos, pues esta metodología está demostrando ser útil para la exigibilidad política (informes, garantías sociales mediante información y empoderamiento), y también para la exigibilidad judicial (pruebas, argumentación de contexto, agotamiento de recursos internos y en el seguimiento de órdenes).

Otro aspecto importante que fue posible abordar en el capítulo, con relación a las garantías jurisdiccionales, es la necesidad de no perder de vista una de las garantías políticas por excelencia en la protección de los derechos fundamentales, el contenido esencial. Esto implica a los jueces a la hora de conocer de un caso sobre derechos sociales que realicen un primer análisis sobre la afectación de esta garantía política, y en caso de que una medida normativa o política pública anulen el derecho mismo, el remedio debe orientarse a la anulación de dichas medidas.

Ahora bien, si la afectación no es tal que anule el derecho, sí sería procedente



analizar si la norma es o no regresiva, y de serlo, sí se trata de un caso en que excepcionalmente sería admisible el retroceso. En este caso fue posible observar además que existen consecuencias procesales, pues se invierte la carga de la prueba y los poderes políticos deberán argumentar las razones por las que la medida es necesaria, es la más idónea y resulta proporcionada.

En último lugar se habló de la acción de cumplimiento del ordenamiento jurídico colombiano, intentando resaltar sus potencialidades para la protección de derechos sociales. En el campo teórico fue posible determinar que se trata de una garantía secundaria que está más relacionada con la garantía primaria del deber de progresividad, por cuanto se trata de una acción que busca forzar el cumplimiento de las leyes, normas con fuerza de ley y actos administrativos. En este sentido resultaría ser una herramienta con amplio potencial para reforzar el cumplimiento de las recomendaciones, informes y sentencias de las entidades internacionales y regionales de protección de derechos humanos, como por ejemplo el Comité Desc.

Además, se encontró que existen dos tipos de acciones de cumplimiento en el ordenamiento jurídico colombiano, una general regulada por la Ley 393 de 1997, y una específica, en el artículo 116 de la Ley 388 de 1997. Pese a que en criterio de autores como Beatriz Londoño la dispersión de acciones de cumplimiento es anti técnica y caótica, pues se debe recordar que inicialmente existía una acción específica adicional para temas culturales, resulta ser en la práctica una forma útil para sortear en los temas de derecho a la vivienda, urbanismo, e incluso de algunos derechos culturales, los problemas de procedibilidad de los que adolece la acción general de cumplimiento, debido a la limitación de no poder perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos.

En ese sentido, y a pesar del pesimismo generalizado de la doctrina colombiana frente a la acción general de cumplimiento, justamente por la restricción mencionada, se propone revitalizar tanto a aquella como a la acción específica de cumplimiento, y darlas a conocer como una más de las herramientas con las que cuentan la sociedad civil y sus instituciones para incidir en la política y resguardar derechos fundamentales. En aras de reforzar su implementación en Colombia será necesario ahondar en investigaciones empíricas sobre el uso de esta garantía y las líneas jurisprudenciales del Consejo de Estado.

## 5. CONCLUSIONES GENERALES

1. Se ha podido comprobar que contrario a lo que sostenía el profesor Norberto Bobbio, el problema de los derechos hoy todavía se encuentra en cómo justificarlos, pues la política ha demostrado con el ejemplo de la desprotección de los derechos sociales que el acuerdo filosófico no era tan amplio como se pensaba como para no preocuparse nunca más por la fundamentación.

2. La fundamentación de los derechos basada en un solo valor fundante ha probado ser peligrosa en la práctica, pues la magnificación de uno de ellos con el olvido de los otros es lo que ha permitido alimentar el discurso de movimientos políticos extremistas que se escudan en la defensa solo de unos derechos fundamentales en perjuicio de los demás.

3. La propuesta de fundamentación en valores superiores en conjunto con la teoría de las necesidades humanas, que se presentó en este documento, permite conectar el discurso de los derechos con un ser humano real, no abstracto ni ideal, lo que en términos de acción política y jurisdiccional se debería traducir en mejores herramientas para la toma de decisiones.

4. Suele restarse peso a la solidaridad como valor fundante dentro del catálogo de valores superiores, sin embargo, fue posible observar que es vital para la protección de los derechos fundamentales pues por una parte pone en contexto al ser humano como un ser social, y por otra, permite incluir de nuevo la categoría filosófica *deber* en el esquema como parte esencial de la realización de los derechos, aunque debido a la resistencia que genera el término es posible reformularlo como *responsabilidad*.

5. Es importante insistir en la diferenciación de los conceptos *necesidades humanas* y *satisfactores*, pues la confusión de ambos es visible en varias propuestas de fundamentación. La utilidad de esta aclaración se podría observar en dos aspectos: el respeto a las características culturales de cada sociedad para realizar los derechos y el establecimiento de hitos de monitoreo de las políticas al respecto (indicadores).

6. Se puede sostener que la idea de derechos humanos es una supraideología, pues se ha generalizado de manera arrolladora en diferentes culturas y sociedades, y aglutina el acuerdo de corrientes políticas diversas, en especial en el seno de las instituciones internacionales y supranacionales de protección de derechos; sin embargo, a la hora de aterrizar dicho acuerdo en las legislaciones nacionales es cuando se evidencia que los

movimientos políticos tienen ideas diferentes, y en ocasiones irreconciliables, sobre lo que debe protegerse y cómo.

7. El desacuerdo sobre lo que en la práctica debe determinarse como derecho y cómo se lo debe proteger se puede explicar con el *secuestro* de determinado valor fundante por parte de los movimientos políticos, en especial cuando se trata de ideologías de extrema izquierda y extrema derecha. Así, se puede indicar que existe un falso dilema entre los valores libertad e igualdad, que ha sido redituado en el discurso político a conveniencia.

Los desacuerdos sobre la fundamentación y clases de derechos influyen en su definición, por esta razón es importante utilizar una estrategia de definición de tipo explicativo, que permita evidenciar los usos históricos del término, pero a la vez minimizar el impacto ideológico por parte de determinados movimientos políticos y revitalizar la positivización con que cuenta esta institución jurídica en la actualidad.

8. Los derechos fundamentales tienen la virtud de reunir en sí elementos tanto de la filosofía como de condición de la práctica jurídica, en ese orden de ideas, resulta adecuado definirlos teniendo presente su justificación ética, la función política que desempeñan, que se trata de elementos de legitimación de otros componentes del sistema jurídico, y que tienen tanto una función programática como de emancipación.

9. No existe diferencia en la naturaleza jurídica de los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, pues los valores superiores, en especial la dignidad humana, lo justifican, y a la vez, son la herramienta idónea para proteger la dignidad humana y con ella a la persona misma.

Es hora de superar la falacia que diferencia las generaciones de derechos según se puedan satisfacer con abstenciones o prestaciones del Estado, pues todos los derechos requieren algún grado de ambos a la hora de hacerlos efectivos y respetarlos. Este aspecto también permite entender que los derechos sociales se pueden proteger con abstenciones del Estado y que no se trate de otro falso dilema, como se ha querido hacer creer a las personas, entre derechos caros y derechos baratos.

Además, uno de los problemas para la realización de los derechos sociales ha sido la institucionalidad existente que se quedó anquilosada en el derecho decimonónico, y en la confusión entre garantía de derechos con ensanchamiento de la burocracia.

10. Para entender mejor el concepto de derechos es vital diferenciarlo del de *garantía*. Parte de la confusión sobre la fundamentalidad de los derechos sociales yace precisamente en la poca precisión técnica de algunos autores y corrientes teóricas a la hora de definir el término, y también del generalizado uso de las palabras como sinónimos. Por esta razón la obra de Luigi Ferrajoli constituye un avance imprescindible a tener en cuenta a la hora de buscar la protección y respeto de los derechos fundamentales, de cualquier generación.

11. Teniendo en cuenta que los derechos se fundamentan en valores superiores, que con estos se busca proteger la dignidad humana, que existe diferencia entre los conceptos *derecho* y *garantía*, y que todos exigen tanto prestaciones como abstenciones para su realización y respeto, es posible sostener que los derechos económicos, sociales y culturales son verdaderos derechos fundamentales.

12. Es posible hablar dentro del esquema de garantías de los derechos de las *metagarantías*. Estas vendrían a ser las instituciones que permiten que las demás existan, pues se trata del Estado de Derecho y la democracia constitucional, de esta forma, no sería posible pensar en garantías por ejemplo dentro de un régimen autoritario.

13. Así como los derechos, las garantías también están interrelacionadas, en especial hay una fuerte conexión entre las garantías institucionales (políticas, semi-políticas, jurisdiccionales y semi-jurisdiccionales) y las sociales o extra-institucionales, por cuanto estas últimas suelen activarse cuando fallan aquellas o en la formación misma de las normas sobre desarrollo de derechos.

14. Uno de los puntos débiles del funcionamiento de las garantías sociales, en especial en Latinoamérica, es la debilidad de los grupos sociales, generada a la vez por la forma limitada en que amplios grupos de personas gozan de los derechos fundamentales, aunque de manera más marcada los de tipo social. En este sentido es por ejemplo significativo el fenómeno de criminalización de la protesta, con lo que se evidencia en la práctica no solo la interrelación de los derechos fundamentales, sino también la importancia de las democracias vitales y robustas.

Se requiere entonces repensar el rol de las instituciones de la sociedad civil en la solución de los grandes problemas públicos, pues en ocasiones le han bajado el nivel de sonido a su voz crítica e incluso esta ha sido acallada por los entes de los que recibe financiación. Es paradójico que en ocasiones sean además las encargadas de prestar

servicios de manera aislada en programas y proyectos que solo alientan el clientelismo selectivo, cuando lo que debería brindarse son derechos a grupos de personas más amplios.

15. Parte de las razones de la deficiencia del goce de derechos sociales se puede ubicar en el defectuoso funcionamiento de los Estados, en especial cuando se trata de lo que el profesor Pérez Luño denomina *vaivenes de las mayorías parlamentarias*, pues los partidos mayoritarios se han especializado en dilatar la cuestión y bloquear ciertas medidas de implementación.

16. Enfatizar en la diferencia de los términos *exigibilidad* y *justiciabilidad* es otro aspecto que desde la academia puede favorecer la teoría y ejercicio de los derechos sociales, pues se cuenta con un argumento adicional para poner de manifiesto que pedir su cumplimiento es algo que supera la esfera jurisdiccional y atañe a todos los poderes públicos.

17. Pese a las innegables dificultades de exigibilidad que existen en los sistemas jurídicos nacionales, por la forma debilitada en que se positivizaron los derechos sociales y sus garantías, es posible realizar diversas acciones a partir de la conexión que existe con las normas vinculantes del derecho internacional.

18. La exigibilidad jurisdiccional o justiciabilidad de los derechos sociales es perfectamente viable pese los defectos en la positivización de las normas que los contienen, se debe identificar con claridad aspectos como el tipo de conducta del Estado, abstención o prestación, su conexidad con derechos civiles o políticos y si existen aspectos bien delimitados que permitan exigirlos de manera independiente.

Algunos argumentos adversos a la justiciabilidad de los derechos sociales se pueden desmontar y desmitificar si se ponen al descubierto factores exógenos que la afectan, como por ejemplo la falta de pericia técnica de algunos jueces, la forma decimonónica en que aún se enseña Derecho en las facultades, la falta de adecuación de las normas procesales para litigios que no se relacionen con conflictos iusprivatistas, el defectuoso sistema de seguimiento de las decisiones judiciales.

19. Los derechos fundamentales, de todo tipo, se pueden exigir en otras instancias diferentes de las jurisdiccionales, por ello se debe tener presente que es posible demandar su cumplimiento en sede administrativa y también con mecanismos cuasi-jurisdiccionales como la mediación y la conciliación.

20. Las redes de defensa transnacional han mostrado ser un mecanismo eficaz para desbloquear los canales de comunicación entre las instituciones de la sociedad civil de un determinado país y su gobierno, con relación a ciertas demandas sociales o solución de problemas, por lo que es necesario fomentar la interrelación entre estos grupos. Este mecanismo también puede resultar ser una potente forma de hacer frente a los poderes salvajes transnacionales que no solo amenazan los derechos de las personas, sino la vida misma en el planeta.

21. Desde el Derecho Internacional se ha indicado que los Estados tienen diversas obligaciones para cumplir con los derechos, que por lo general se resumen en respetar, proteger y garantizar, sin embargo, se ha visto que el término *garantizar* no resulta adecuado por cuanto se ha utilizado solo en el sentido de normar, que si bien es condición necesaria para realizar los derechos no es la única; además, se debe tener presente que en el esquema se deben incluir otras obligaciones específicas como la promoción, la realización progresiva, la no regresión y la reparación.

22. Pese a que el Sistema Universal de protección de Derechos Humanos se encuentra muy burocratizado y existen múltiples instancias dispersas relacionadas con la temática, no se puede negar que las normas vinculantes o *hard law* han permitido avanzar en la comprensión y protección de los derechos sociales, por otra parte, las normas e interpretaciones no vinculantes o *soft law* son una gran fuente de orientación sobre los niveles mínimos de cumplimiento y las obligaciones que le asisten a los Estados en tal sentido.

Así por ejemplo, la reciente entrada en vigencia del mecanismo de denuncias individuales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales está lejos de ser un mecanismo que funcione a la perfección pero su valor estriba en la actualidad en el mensaje político que se envía desde la comunidad internacional: los derechos sociales también son derechos y su incumplimiento genera responsabilidad estatal.

Por otra parte, aún falta mucho diálogo entre instituciones de la Organización de las Naciones Unidas tales como los Comités de derechos y el Banco Mundial y el FMI; esto se deba tal vez a la ideologización en la comprensión de los valores fundantes, a la que se aludió en el capítulo primero, por parte de estas últimas instituciones, que además casi resultan ser extensiones de la Universidad de Chicago.

Otro aspecto que se debe mejorar en cuanto al funcionamiento de la ONU está relacionado con la fuerza de la Organización Internacional del Trabajo, que puede quedar en entredicho si no se moderniza y democratiza aún más la forma en que la tripartición funciona en verdad, pues por ejemplo, las realidades laborales de la actualidad distan mucho de la idea con que originalmente se creó por lo que muchas personas trabajadoras bajo nuevos esquemas han quedado por fuera de la representación sindical tradicional.

23. Las entidades del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han sido muy cautas con el abordaje que han dado al tratamiento de casos relacionados con el goce de derechos sociales, por lo que han perdido oportunidades valiosas para sentar jurisprudencia sobre el tema. Es de suponer que con la nueva Relatoría sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (Desca) esta situación puede cambiar en el mediano plazo.

24. Las instituciones de la sociedad civil han encontrado que una de las formas de actuar políticamente es por intermedio de la jurisdicción, así, han reivindicado luchas de derechos sociales con la presentación de acciones judiciales, con lo que refuerzan en muchos casos las acciones de movilización pública. Además, es usual que también lo hagan alegando la existencia de medidas regresivas que vulneran tanto el contenido de los derechos, como las obligaciones estatales dadas a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

25. Por lo general las críticas que se hacen a los tribunales activistas se quedan solo en la faceta del activismo conservador, por lo que hacer una diferencia entre este y el activismo progresista permite evidenciar de mejor forma los límites de la actuación judicial y sus potencialidades en materia de protección de derechos sociales, y en consecuencia, de la vigencia misma de las normas positivas.

Debe tenerse presente que el activismo judicial progresista pese a tener buenas intenciones puede resultar nocivo en la práctica, esto si se tiene presente que no resulta adecuado que suplante a los poderes políticos en la toma de decisiones especialmente difíciles que involucran derechos sociales. Por esta razón los ejercicios de justicia dialógica se presentan como una respuesta mesurada y adecuada para este tipo de conflictos.

Y para realizar un buen ejercicio de justicia dialógica debe ponerse el énfasis en el seguimiento de las decisiones más que en las decisiones mismas, de esta forma al construir las órdenes mediante el diálogo se preserva la democracia, pero al mantener el control sobre cómo se están cumpliendo se está evitando que los poderes políticos dilaten de nuevo el asunto.

26. Tanto el deber de progresividad como la prohibición de regresividad son garantías de tipo primario, lo que implica que son a la vez guía y límite de la actuación de los poderes políticos. La segunda ha mostrado ser más resistente pues cuenta con el respaldo de garantías secundarias de tipo jurisdiccional.

El deber de progresividad pese a ser menos resistente que la prohibición de regresividad también podría ser sujeto de garantías secundarias pero dependerá del sistema jurídico nacional específico, así por ejemplo, en Colombia cabría la posibilidad de interponer una acción de cumplimiento, pero en países como España no.

27. La transgresión de la prohibición de regresividad ha sido juzgada usualmente aplicando primero los test de razonabilidad y proporcionalidad, sin embargo, se debe tener en cuenta que en muchos casos no se debería hacer el examen con estas herramientas por cuanto se trata de medidas abiertamente contrarias a los mandatos constitucionales por violar el contenido esencial del derecho, en este sentido, se acoge la propuesta de revisar primero este aspecto y solo después determinar si la medida resulta razonable y proporcionada.

28. La metodología de indicadores de derechos es una herramienta muy útil para el monitoreo del cumplimiento o incumplimiento de los mismos, y en consecuencia, para la determinación objetiva tanto del nivel de avance en la implementación progresiva, como del retroceso en esta materia; además, puede ser usada también en el ámbito probatorio en el marco de procesos jurisdiccionales o semi-jurisdiccionales y con ello se podría subsanar en parte el defecto de adecuación procesal del que adolecen los sistemas jurídicos a la hora de conocer de este tipo de casos.

29. Si bien el alcance del control jurisdiccional del presupuesto público resulta limitado pues se trata de un control *ex post facto*, se trata de un instrumento muy valioso para el control social de la política, pues cuando menos permitirá a las personas impugnar determinadas medidas que no están acordes con la progresividad, e inclusive,



que no respetan la conexión y unidad materia, sino que por el contrario representan un abuso del poder de legislar.

30. Aún falta mucho camino por recorrer en el tema de la protección de los derechos sociales, pero si desde la Academia se toma consciencia sobre el daño que han hecho ciertas creencias erróneas y el uso inadecuado de términos como derechos, garantías, necesidades, satisfactores, exigibilidad, justiciabilidad, etc., y se evita replicarlos en la educación de futuras generaciones, se habrán dado pasos de gigante en el sentido correcto.

## ANEXO 1

### Ranking Universidades y Pensum Facultades de Economía

Ranking Mundial <sup>1344</sup>		
Puesto	Universidad	Pensum Economía
1	Harvard University	Campos específicos de especialización <sup>1345</sup> : <ul style="list-style-type: none"> <li>- Desarrollo</li> <li>- Historia económica</li> <li>- Economía ambiental</li> <li>- Finanzas</li> <li>- Teoría de juegos / teoría de decisiones</li> <li>- Economía y salud</li> <li>- Organización industrial</li> <li>- Economía internacional</li> <li>- Economía y trabajo</li> <li>- Teoría microeconómica</li> <li>- Macroeconomía – Política monetaria y fiscal</li> <li>- Economía y Comportamiento (Psicología y Economía)</li> <li>- Economía del Sector Público</li> </ul>
2	Massachusetts Institute of Technology	Campos específicos <sup>1346</sup> : <ul style="list-style-type: none"> <li>- Economía General y Teoría</li> <li>- Organización Industrial</li> <li>- Estadística y Econometría</li> <li>- Ingreso Nacional y Finanzas</li> <li>- Economía Internacional, Interregional y Urbana</li> <li>- Economía y Trabajo y Relaciones Industriales</li> <li>- Historia Económica</li> </ul>

<sup>1344</sup> Según el ranking presentado por el Laboratorio de Cibermetría del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC) de España, *Ranking Web de Universidades*, en <http://www.webometrics.info/es/world> (29-12-2013).

<sup>1345</sup> Department of Economics, Harvard University, *Undergraduate Economics at Harvard. A Guide for Concentrators*, en [http://economics.harvard.edu/files/economics/files/undergradguide\\_13\\_1.pdf](http://economics.harvard.edu/files/economics/files/undergradguide_13_1.pdf) (29-12-2013). Se revisaron también: ANALYTIC FRAMEWORKS FOR POLICY (Syllabus de la materia) en <http://www.hks.harvard.edu/syllabus/API-302.pdf> (29-12-2013) y Economics Theses in Harvard Archives 1999 – 2013 en [http://economics.harvard.edu/files/economics/files/archivedthesis1999\\_2013.pdf](http://economics.harvard.edu/files/economics/files/archivedthesis1999_2013.pdf) (29-12-2013). Se observó que solo el campo específico de Desarrollo contiene referencias marginales a derechos fundamentales, pero enfocándose en problemas de países en desarrollo; adicionalmente, el syllabus revisado para la materia “Marcos de análisis para políticas” está organizado en torno a temas como modelos de pensamiento, teorías de juegos, comportamiento vs economía racional, decisiones políticas, sin que se evidencie un espacio para los derechos fundamentales como uno de los temas rectores en la formación de este tipo de decisiones. Por último, se revisó la lista de tesis de economía, y se observó un bajo porcentaje de trabajos de investigación enfocados hacia algún tema relacionado con la temática de derechos fundamentales.

<sup>1346</sup> Course 14: Economics. Spring 2014, MIT, Office of the Registrar, en <http://student.mit.edu/catalog/m14b.html> (29-12-2013). También: Syllabus de varias materias de uno de los profesores: Daron Acemoglu, en <http://economics.mit.edu/faculty/acemoglu/courses> (29-12-2013) y Daron Acemoglu, Clase: Política Económica de las Instituciones y Desarrollo, Material de Conferencia N° 7 “The Role of the State and Different Political Regimes” en <http://economics.mit.edu/files/8696> (29-12-2013). Una vez revisada la oferta de cursos, se observó que tampoco existe una directa referencia a derechos fundamentales, sin embargo, el listado contiene más cursos relacionados con los sistemas políticos y algunas referencias a la democracia. Es interesante observar el material de clases citado del profesor Daron Acemoglu, pues se puede evidenciar que su aproximación al tema de la democracia es completamente económico, lo que no es malo *per se*, pero no toca con la esencia este sistema de gobierno en clave de derechos fundamentales, salvo quizás, en lo que se refiere al derecho a la propiedad, a la que da un papel preponderante en su análisis.

		- Desarrollo Económico
3	Stanford University	Principales campos de investigación <sup>1347</sup> : - Economía experimental y del comportamiento - Economía y Desarrollo - Econometría - Historia de la Economía - Economía de la Educación - Economía de la Tecnología - Economía Ambiental y Recursos Naturales - Economía Financiera - Teoría de Juegos - Organización Industrial - Comercio Internacional - Economía y Trabajo - Macroeconomía - Diseño de Mercados - Teoría Microeconómica - Economía Pública

Ranking España <sup>1348</sup>		
Puesto	Universidad	Pensum Economía
1	Universidad Complutense de Madrid	Los primeros tres cursos desarrollan las materias de formación básica y obligatoria. En el cuarto curso se encuentran los siguientes ejes de materias optativas: <sup>1349</sup> - Análisis Económico - Economía Aplicada - Economía Monetaria y Financiera - Economía Mundial - Economía Pública - Formación Libre (6 materias: Economía de los Recursos Naturales, Economía de la Regulación, Finanzas Internacionales, Sociología y Estructura Social, Economía y Género, Investigación Comercial) <sup>1350</sup> .

<sup>1347</sup> Department of Economics, Stanford University, *Main research Fields*, en <http://economics.stanford.edu/fields> (30-12-2013). También *ECON Courses 2013 – 2014*, en <http://economics.stanford.edu/courses/2013/2014> (30-12-2013). El listado de materias abarca alrededor de 78 para licenciatura (undergraduate). De manera similar que en Harvard y MIT, se observa que los temas de derechos fundamentales se tocan de manera marginal en ciertos tópicos especializados, por ejemplo, en el syllabus del curso “The World Food Economy” disponible en [http://economics.stanford.edu/files/Econ106syllabus\\_win14.pdf](http://economics.stanford.edu/files/Econ106syllabus_win14.pdf) (30-12-2013), se puede ver que en un par de sesiones se toca el tema de la crisis de alimentos, pero no se pudo encontrar que se lo analizara como un tema relacionado con el derecho a la alimentación (figura del derecho internacional), ni con el derecho a la vida o a la salud.

<sup>1348</sup> Laboratorio de Cibermetría del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC) de España, *Ranking Web de Universidades* en: <http://www.webometrics.info/es/Europe/es/Espa%C3%B1a> (29-12-2013).

<sup>1349</sup> Universidad Complutense de Madrid, *Grado Ciencias Sociales y Jurídicas. Economía*, en <http://www.ucm.es/data/cont/docs/titulaciones/24.pdf> (30-12-2013)

<sup>1350</sup> De estas 6 los(as) alumnos(as) pueden escoger cursar 3 ó pueden optar por prácticas externas. De nuevo se observa que el espacio para los derechos fundamentales en este pensum es casi inexistente, y a lo sumo, en la materia optativa Economía y Género, se puede estar incluyendo temáticas relacionadas. No se pudo acceder a ningún syllabus.

2	Universidad de Granada	Esta Universidad oferta dos titulaciones: Licenciado en Economía y Grado en Economía. <sup>1351</sup> No se encontraron ejes de especialidad como en otras universidades, los programas para la Licenciatura están organizados por Asignaturas Troncales, Asignaturas Obligatorias y Asignaturas Optativas, mientras que los de Grado están distribuidos en 4 Cursos, siendo en el 4º precisamente donde se encuentran las materias optativas. <sup>1352</sup>
3	Universidad Politécnica de Madrid	No oferta esta carrera profesional. <sup>1353</sup>
27	Universidad Carlos III de Madrid	El grado se organiza en cuatro cursos, en torno a materias de formación básica, obligatoria y optativa. <sup>1354</sup> Vale la pena destacar las siguientes materias <sup>1355</sup> : Formación Básica - Introducción al derecho civil patrimonial Obligatorias: - Economía Pública Optativas: - Derecho Mercantil - Temas de intervención pública - Análisis económico del derecho - Evaluación de políticas económicas <sup>1356</sup>

<sup>1351</sup> Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de Granada, *Guía Licenciado en Economía (LE)*, en [http://fccee.ugr.es/pages/docencia/guias\\_titulaciones\\_1314/leco-2013\\_2014/%21](http://fccee.ugr.es/pages/docencia/guias_titulaciones_1314/leco-2013_2014/%21) (30-12-2013) y Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de Granada, *Guía Grado en Economía (GECO)*, en [http://fccee.ugr.es/pages/docencia/guias\\_titulaciones\\_1314/geco-2013\\_2014/%21](http://fccee.ugr.es/pages/docencia/guias_titulaciones_1314/geco-2013_2014/%21) (30-12-2013).

<sup>1352</sup> En ninguna de las dos titulaciones se encontró alguna materia directamente relacionada con derechos fundamentales, aunque a diferencia de otras facultades revisadas, sí incluía la materia Introducción al Derecho, y algunas materias optativas se relacionaban con el Gasto Público. No se pudo acceder a ningún syllabus, por lo que no se cuenta con información cualificada sobre el particular.

<sup>1353</sup> Universidad Politécnica de Madrid, *Estudios y Titulaciones*, en: [http://www.upm.es/institucional/Estudiantes/Estudios\\_Titulaciones/EstudiosOficialesGrado](http://www.upm.es/institucional/Estudiantes/Estudios_Titulaciones/EstudiosOficialesGrado) (30-12-2013).

<sup>1354</sup> Universidad Carlos III de Madrid, *Programa Grado en Economía*, en [http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/titulaciones\\_grado/eco/plan](http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/titulaciones_grado/eco/plan) (30-12-2013).

<sup>1355</sup> Los syllabus de estas materias se pueden encontrar respectivamente en los siguientes enlaces:  
[http://www3.uc3m.es/reina/Fichas/Idioma\\_1/202.13636.html](http://www3.uc3m.es/reina/Fichas/Idioma_1/202.13636.html)  
[http://www3.uc3m.es/reina/Fichas/Idioma\\_1/202.13651.html](http://www3.uc3m.es/reina/Fichas/Idioma_1/202.13651.html)  
[http://www3.uc3m.es/reina/Fichas/Idioma\\_1/202.13668.html](http://www3.uc3m.es/reina/Fichas/Idioma_1/202.13668.html)  
[http://www3.uc3m.es/reina/Fichas/Idioma\\_1/202.13666.html](http://www3.uc3m.es/reina/Fichas/Idioma_1/202.13666.html)  
[http://www3.uc3m.es/reina/Fichas/Idioma\\_1/202.13671.html](http://www3.uc3m.es/reina/Fichas/Idioma_1/202.13671.html)  
[http://www3.uc3m.es/reina/Fichas/Idioma\\_1/202.13688.html](http://www3.uc3m.es/reina/Fichas/Idioma_1/202.13688.html)

<sup>1356</sup> Llama la atención una vez revisados los syllabus enlistados, que pese a que no se toque directamente la temática de derechos fundamentales, y se impartan dos materias enfocadas en derechos patrimoniales, se nota una mayor sensibilidad frente a temas como la educación, la salud, el empleo y los recursos públicos.

## ANEXO 2

### Indicadores ilustrativos de algunos Desc de acuerdo con Oficina del Alto Comisionado

Cuadro 7 Indicadores ilustrativos sobre el derecho a una vivienda adecuada (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25)				
	Habitabilidad	Acceso a servicios	Asequibilidad de la vivienda	Seguridad de la tenencia
Estructurales	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tratados internacionales de derechos humanos pertinentes para el derecho a la vivienda ratificados por el Estado</li> <li>• Fecha de entrada en vigor y cobertura del derecho a una vivienda adecuada en la constitución u otras formas de legislación superior</li> <li>• Fecha de entrada en vigor y cobertura de las leyes nacionales para hacer efectivo el derecho a una vivienda adecuada</li> <li>• Tipo de acreditación de la institución nacional de derechos humanos según el reglamento del Comité Internacional de Coordinación de Instituciones Nacionales</li> <li>• Número de ONG registradas o activas (por 100.000 habitantes) que trabajan en la promoción y protección del derecho a la vivienda</li> </ul>			
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Plazo y cobertura de la política o estrategia nacional sobre vivienda para la aplicación progresiva de medidas, incluidas medidas especiales para los grupos destinatarios, sobre el derecho a una vivienda adecuada en distintos niveles de gobierno</li> <li>• Plazo y cobertura de la política nacional sobre rehabilitación, reasentamiento y gestión de desastres naturales</li> </ul>			<ul style="list-style-type: none"> <li>• Fecha de entrada en vigor y cobertura de la legislación sobre seguridad de tenencia, igualdad de derechos de sucesión y protección contra el desalojo forzoso</li> </ul>
De proceso	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Proporción de quejas sobre el derecho a la vivienda investigadas y adjudicadas por la institución nacional de derechos humanos, el ombudsman de derechos humanos u otros mecanismos y proporción de ellas que han recibido una respuesta efectiva del gobierno</li> <li>• Número y gasto público total en reconstrucción y rehabilitación de viviendas por personas desalojadas o desplazadas durante el período de referencia</li> <li>• Cifra neta de asistencia oficial al desarrollo para la vivienda (inclusive tierras y servicios básicos) recibida o proporcionada como proporción del gasto público en vivienda o el ingreso nacional bruto*</li> <li>• Proporción de residentes destinatarios que se declaran satisfechos con su grado de participación en las decisiones que influyen en su disfrute del derecho a una vivienda adecuada</li> </ul>			
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Proporción de viviendas (en ciudades, pueblos y aldeas) sometidas a las disposiciones de los códigos y reglamentos de edificación en el período de referencia</li> <li>• Proporción del gasto público en vivienda social o comunitaria</li> <li>• Superficie habitable (m<sup>2</sup>) añadida por recuperación de terrenos, incluso de lugares peligrosos, y cambio en los patrones de uso de la tierra, en el período de referencia</li> <li>• Superficie habitable (m<sup>2</sup> per capita) para viviendas sociales o comunitarias durante el período de referencia</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Proporción del gasto público en la prestación y el mantenimiento de saneamiento, abastecimiento de agua, electricidad y otros servicios de la vivienda</li> <li>• Proporción de la población destinataria a la que se dio acceso sostenible a una fuente de agua mejorada*, saneamiento mejorado*, electricidad y recolección de basura en el período de referencia</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Proporción de hogares que reciben asistencia pública para vivienda, incluidos los que viven en régimen de alquiler y de propiedad con subvención</li> <li>• Proporción de hogares destinatarios que viven en asentamientos precarios rehabilitados en el período de referencia</li> <li>• Proporción de la población sin hogar que utilizó albergues público o comunitarios en el período de referencia</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tiempo promedio para resolver controversias en materia de vivienda y derecho a la tierra en los tribunales</li> <li>• Número o proporción de apelaciones para impedir desalojos o demoliciones previstos y ordenados por la justicia en el período de referencia</li> <li>• Número de acciones legales en las que se pide indemnización tras un desalojo en el período de referencia, por resultado tras la adjudicación</li> <li>• Número y proporción de personas desplazadas o desalojadas que han sido rehabilitadas o reasentadas durante el período de referencia</li> </ul>
De resultados	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Proporción de la población con una superficie de vivienda suficiente (personas por habitación por hogar) o número promedio de personas por habitación entre los hogares destinatarios</li> <li>• Proporción de hogares en estructuras permanentes que cumplen los códigos y reglamentos de construcción</li> <li>• Proporción de hogares que viven en o cerca de condiciones peligrosas</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Proporción de la población urbana que vive en barrios marginales*</li> <li>• Proporción de la población que utiliza una fuente de agua potable mejorada (pública/privada), instalaciones de saneamiento, electricidad y recolección de basura</li> <li>• Proporción del presupuesto doméstico de los grupos de población destinatarios que se invierte en abastecimiento de agua, saneamiento, electricidad y recolección de basura</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Proporción de hogares que gastan más del "X" % de sus ingresos mensuales o gasto en vivienda o precio medio del alquiler de los tres deciles inferiores de ingresos, como proporción de los tres superiores</li> <li>• Promedio anual de personas sin hogar por 100.000 habitantes</li> </ul> <p>("X" se define en las normas para el contexto nacional)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Casos notificados de "desalojo forzoso" (por ejemplo, comunicados a los procedimientos especiales) en el período de referencia</li> <li>• Proporción de hogares que gozan de protección legal, contractual, reglamentaria o de otro tipo cubierto por la ley que da seguridad de tenencia o proporción de hogares con acceso a una tenencia segura</li> <li>• Proporción de mujeres con títulos de propiedad de tierras o bienes</li> </ul>
Todos los indicadores deben desglosarse por motivos prohibidos de discriminación, según proceda, y reflejarse en las hojas de metadatos				
* Indicadores relacionados con los ODM				

Fuente: Oficina del Alto Comisionado<sup>1357</sup>

<sup>1357</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS, "Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y la aplicación...", Op. Cit., p. 103.



**Cuadro 8 Indicadores ilustrativos sobre el derecho al trabajo (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23)**

	Acceso a un trabajo decente y productivo	Condiciones de trabajo justas y seguras	Formación, mejora de competencias y desarrollo profesional	Protección frente al trabajo forzoso y el desempleo
Estructurales	<ul style="list-style-type: none"><li>• Tratados internacionales de derechos humanos y convenios de la OIT relacionados con el derecho al trabajo ratificados por el Estado</li><li>• Fecha de entrada en vigor y cobertura del derecho al trabajo en la constitución u otras formas de legislación superior</li><li>• Fecha de entrada en vigor y cobertura de las leyes nacionales para hacer efectivo el derecho al trabajo, incluida la reglamentación para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y eliminar la discriminación en el empleo así como medidas especiales (de carácter temporal) para grupos destinatarios (por ejemplo, mujeres, niños, personas indígenas, migrantes)</li><li>• Número de ONG registradas o activas (por 100.000 habitantes), incluidos sindicatos, que trabajan en la promoción y protección del derecho al trabajo</li></ul>			
	<ul style="list-style-type: none"><li>• Plazo y cobertura de la política nacional de empleo pleno y productivo</li><li>• Fecha de entrada en vigor y cobertura de reglamentos y procedimientos para garantizar condiciones de trabajo seguras y saludables, incluido un entorno sin hostigamiento sexual, y establecer un órgano de vigilancia independiente</li><li>• Número máximo de horas de trabajo a la semana estipulado por ley</li><li>• Edad mínima de empleo por tipo de ocupación</li><li>• Duración de los permisos de maternidad, paternidad y parental, derechos de permiso por razones médicas y proporción del sueldo pagado en el período cubierto</li></ul>		<ul style="list-style-type: none"><li>• Plazo y cobertura de la política nacional sobre educación profesional y mejora de competencias</li><li>• Proporción de regiones administrativas con órganos públicos especializados de ayuda a la búsqueda de empleo</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Plazo y cobertura del programa de sensibilización sobre normas laborales</li><li>• Plazo y cobertura de la política para la eliminación del trabajo forzoso, incluidas las formas más graves de trabajo infantil, trabajo doméstico y trabajo de migrantes, y trata de personas</li></ul>
De proceso	<ul style="list-style-type: none"><li>• Proporción de denuncias recibidas en relación con el derecho al trabajo, inclusive las condiciones de trabajo satisfactorias y seguras, investigadas y adjudicadas por la institución nacional de derechos humanos, el ombudsman de derechos humanos u otros mecanismos (por ejemplo, procedimientos de la OIT, sindicatos) y proporción a las que el gobierno ha dado respuesta efectiva</li></ul>			
	<ul style="list-style-type: none"><li>• Proporción de la población destinataria que recibe apoyo efectivo para ingresar o reingresar en el mercado de trabajo</li><li>• Crecimiento anual del empleo (tasas de creación de puestos de trabajo), por nivel educativo</li><li>• Tiempo promedio pasado en tareas domésticas o de cuidado de la familia no remuneradas así como en trabajo no remunerado en el negocio familiar por mujeres, hombres y niños</li><li>• Proporción de solicitudes de padres o tutores en relación con atención infantil certificada (por ejemplo, guardería) examinadas y atendidas en el período de referencia</li><li>• Número promedio de solicitudes de empleo antes de ser invitado a una entrevista, por grupo destinatario (por ejemplo, encuestas de la OIT de ensayo de la discriminación)</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Proporción y frecuencia de empresas inspeccionadas sobre el cumplimiento de las normas laborales y proporción que resulta en medidas administrativas o enjuiciamiento</li><li>• Proporción de empleados, inclusive domésticos, cuyo sueldo está cubierto de acuerdo con la legislación (por ejemplo, salario mínimo) o negociación entre las partes sociales (sindicatos)</li><li>• Proporción de trabajadores que pasaron de contratos precarios a estables en el período de referencia</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Proporción de empleados con formación laboral reciente</li><li>• Proporción de personas desempleadas que están mejorando sus competencias y en otros programas de formación, incluidos trabajos con financiación pública</li><li>• Mejora de las tasas de matriculación en la educación secundaria y terciaria en el período de referencia</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Proporción de trabajadores del sector informal que pasaron al sector formal en el período de referencia</li><li>• Proporción de niños en una actividad productiva</li><li>• Proporción estimada de la fuerza de trabajo en el sector informal que recibe alguna ayuda pública</li><li>• Proporción de destinatarios desempleados cubiertos por prestaciones de desempleo o seguridad social</li></ul>
De resultados	<ul style="list-style-type: none"><li>• Tasas de empleo en la población*, por sexo, grupo destinatario y nivel educativo</li><li>• Proporción de trabajadores voluntarios a tiempo parcial respecto del total de la población empleada a tiempo parcial</li><li>• Proporción de mujeres con empleo remunerado en el sector no agrícola*</li><li>• Proporción de trabajadores con empleo precario (por ejemplo, a corto plazo, a plazo fijo, trabajos estacionales u ocasionales)</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Incidencia de accidentes ocupacionales, incluidos actos violentos, lesiones personales, enfermedades y muerte</li><li>• Relación entre los sueldos de mujeres y hombres (u otros grupos destinatarios), por sector</li><li>• Proporción de puestos determinados (por ejemplo, altos cargos, puestos directivos en el sector público/privado) ocupados por mujeres y miembros de otros grupos destinatarios</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Proporción de trabajadores empleados después de mejorar sus competencias y otros programas de formación, incluidos empleos de financiación pública</li><li>• Tasas de desempleo de larga duración (un año o más), por sexo, grupo destinatario o región</li><li>• Distribución de la fuerza laboral por nivel de educación</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Tasas de desempleo, por sexo, grupo destinatario y nivel de educación (encuesta de la fuerza de trabajo/registrado)</li><li>• Incidencia del trabajo forzoso, incluidas las formas más graves de trabajo infantil, trabajo doméstico y trabajo de migrantes, y trata de personas</li><li>• Casos comunicados de violación del derecho al trabajo, inclusive trabajo forzoso, discriminación y despido ilegal, y proporción de las víctimas que recibieron una indemnización adecuada</li></ul>
	<ul style="list-style-type: none"><li>• Índices de Gini y relación entre los quintiles de ingresos más bajo y más alto o gasto en consumo (antes y después de impuestos)</li></ul>			
Todos los indicadores deben desglosarse por motivos prohibidos de discriminación, según proceda, y reflejarse en las hojas de metadatos				
* Indicadores relacionados con los ODM				

Fuente: Oficina del Alto Comisionado<sup>1358</sup><sup>1358</sup> Íd., p. 104.

**Cuadro 6** Indicadores ilustrativos sobre el derecho a la educación (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 26)

	Educación primaria universal	Acceso a la educación secundaria y superior	Planes de estudios y recursos educativos	Oportunidad y libertad educacional
<b>Estructurales</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tratados internacionales de derechos humanos pertinentes para el derecho a la educación ratificados por el Estado</li> <li>• Fecha de entrada en vigor y cobertura del derecho a la educación en la constitución u otras formas de legislación superior</li> <li>• Fecha de entrada en vigor y cobertura de las leyes nacionales para implementar el derecho a la educación, incluida la prohibición de los castigos corporales, la discriminación en el acceso a la educación, la eliminación de barreras en las instituciones de educación y la educación incluyente (por ejemplo, niños con discapacidades, niños privados de libertad, niños migrantes, niños indígenas)</li> <li>• Fecha de entrada en vigor y cobertura de la legislación nacional sobre la libertad de individuos y grupos (incluidas minorías) para establecer y dirigir instituciones de educación</li> <li>• Número de ONG registradas o activas (por 100.000 habitantes) que trabajan en la promoción y protección del derecho a la educación</li> </ul>			
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Plazo y cobertura del plan de acción adoptado por el Estado parte para aplicar el principio de la educación primaria universal, obligatoria y gratuita</li> <li>• Duración estipulada de la educación obligatoria y edad mínima de admisión</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Plazo y cobertura de la política nacional de educación para todos, con inclusión de medidas de carácter temporal y especial para grupos destinatarios (por ejemplo, niños que trabajan y niños de la calle)</li> <li>• Plazo y cobertura de la política nacional de educación profesional y técnica</li> <li>• Fecha de entrada en vigor y cobertura del marco reglamentario, incluidos planes de estudios normalizados para la educación en todos los niveles</li> <li>• Proporción de instituciones de educación de todos los niveles que enseñan derechos humanos/número de horas de los planes de estudios dedicados a la educación en derechos humanos</li> <li>• Proporción de las instituciones de educación que tienen mecanismos (consejo de alumnos) para que los estudiantes participen en las cuestiones que les afectan</li> </ul>		
<b>De proceso</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Proporción de quejas recibidas sobre el derecho a la educación investigadas y adjudicadas por la institución nacional de derechos humanos, el ombudsman de derechos humanos u otros mecanismos y proporción de ellas que han recibido una respuesta efectiva del gobierno</li> <li>• Gasto público en educación primaria, secundaria y superior como proporción del ingreso nacional bruto; cifra neta de la asistencia oficial al desarrollo para la educación recibida o proporcionada, como proporción del gasto público en educación*</li> <li>• Tasa neta de matriculación en la escuela* por grupo destinatario, incluidos los niños con discapacidad</li> <li>• Tasa de abandono escolar en la educación primaria, por nivel, para los grupos destinatarios</li> <li>• Proporción de niños matriculados en escuelas primarias públicas</li> <li>• Proporción de alumnos (por grupo destinatario) cubiertos por programas públicos o incentivos para la educación primaria</li> <li>• Proporción de escuelas públicas que cobran servicios además de los de enseñanza</li> <li>• Proporción de maestros de primaria plenamente calificados y formados</li> <li>• Proporción de niños que reciben educación en su lengua materna</li> <li>• Proporción de alumnos de primer grado que asistieron a preescolar</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tasa de transición a la educación secundaria por grupo destinatario</li> <li>• Tasa bruta de matriculación en la educación secundaria y superior por grupo destinatario</li> <li>• Tasa de abandono escolar en la educación secundaria, por nivel, para los grupos destinatarios</li> <li>• Proporción de alumnos matriculados en instituciones públicas de educación secundaria y superior</li> <li>• Proporción del gasto anual de los hogares en educación por niño matriculado en una institución pública de enseñanza secundaria o superior</li> <li>• Proporción de alumnos (por grupo destinatario) que reciben apoyo público o beca para la educación secundaria</li> <li>• Proporción de profesores de educación secundaria o superior plenamente calificados y formados</li> <li>• Proporción de alumnos matriculados en programas de educación profesional de nivel secundario y postsecundario</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Proporción de escuelas o instituciones que cumplen los requisitos nacionales sobre establecimientos académicos y físicos</li> <li>• Periodicidad de la revisión de los planes de estudios en todos los niveles</li> <li>• Número de instituciones de educación por nivel reconocidas o a las que se ha retirado el reconocimiento por el órgano reglamentario durante el período de referencia</li> <li>• Salario promedio de los maestros como porcentaje del salario mínimo regulado</li> <li>• Proporción de maestros de todos los niveles que siguen actividades obligatorias de formación en el servicio durante el período de referencia</li> <li>• Relación de alumnos y profesores en la educación primaria, secundaria, pública y privada</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Proporción de instituciones de educación con actividades de "aprendizaje activo"</li> <li>• Proporción de la población adulta cubierta por programas de educación básica</li> <li>• Proporción de alumnos, por nivel, matriculados en programas de educación a distancia y continua</li> <li>• Número de instituciones de grupos de población étnicos, lingüísticos, minoritarios y religiosos reconocidos o que reciben ayuda pública</li> <li>• Proporción de la fuerza de trabajo que sigue nuevas actividades de formación o mejora de competencias en instituciones públicas o subvencionadas</li> <li>• Proporción de instituciones de educación superior que tienen autonomía académica y de gestión</li> <li>• Computadoras personales en uso por cada 100 habitantes*</li> </ul>
<b>De resultados</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Relación de niñas a niños en la educación primaria*, por grado, en los grupos destinatarios</li> <li>• Proporción de alumnos que comienzan el primer grado y llegan a quinto grado (tasa de terminación de la enseñanza primaria)*</li> <li>• Proporción de niños en edad escolar que no asisten a la escuela primaria</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Relación de niñas a niños en la educación secundaria o superior*, por grado</li> <li>• Proporción de niños que terminan la educación secundaria (tasa de terminación de la enseñanza secundaria)</li> <li>• Número de graduados (título universitario de primer nivel) por 1000 habitantes</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• (Mejora en la) Densidad de las instalaciones de educación primaria, secundaria y superior en el período de referencia</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Proporción de mujeres y población destinataria con calificación profesional o universitaria</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tasas de alfabetismo entre jóvenes (15-24 años)* y adultos (15+) (es decir, leer, escribir, calcular, solucionar problemas y otras competencias para la vida)</li> </ul>				
Todas los indicadores deben desglosarse por motivos prohibidos de discriminación, según proceda, y reflejarse en las hojas de metadatos				
* Indicadores relacionados con los ODM				

Fuente: Oficina del Alto Comisionado<sup>1359</sup><sup>1359</sup> Íd., p. 102.

### ANEXO 3

#### Decisiones de la Corte Constitucional de Colombia con relación a la prohibición de regresividad de derechos económicos, sociales y culturales

¿Constituye o no una violación a la prohibición de retroceso que la ley o la autoridad administrativa disminuya el nivel de protección de un derecho social?		
NO, pues las autoridades pueden modificar las regulaciones existentes, siempre y cuando no desconozcan derechos adquiridos.	En principio SÍ, pues dichos retrocesos se presumen inconstitucionales, pero pueden ser válidos si las autoridades derrotan dicha presunción por una justificación estricta de la necesidad de la medida.	SÍ, pues el deber de realizar progresivamente los derechos sociales excluye cualquier posibilidad de retroceso.
<ul style="list-style-type: none"> <li>♦ C-168/95</li> <li>♦ C-781/03</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>♦ C-1064/01</li> <li>♦ C-671/02</li> <li>♦ C-789/02</li> <li>♦ C-1017/03</li> <li>♦ C-038/04</li> <li>♦ C-931/04</li> <li>♦ C-991/04</li> <li>♦ T-1318/05</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>♦ C-1165/00</li> <li>♦ C-1433/00</li> <li>♦ C-754/04</li> </ul>
Fuente: Uprimny y Guarnizo <sup>1360</sup>		

<sup>1360</sup> Rodrigo UPRIMNY y Diana GUARNIZO, “La prohibición de regresividad y la protección de los derechos sociales...”, Op. Cit., p. 732.



## **ANEXO 4**

### **Ejemplos de sentencias en las que la CCC declaró la inconstitucionalidad o la exequibilidad condicionada de medidas regresivas**

- C-1165 de 2000 inconstitucionalidad del artículo 34 de la Ley 344 de 1996 que modificaba el literal c) del artículo 221 de la Ley 100 de 1993 y disminuía recursos para el régimen subsidiado de salud, con ello se desconocía la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social del artículo 48 CN.
- C-671 de 2002 constitucionalidad condicionada del párrafo 3 del artículo 24 del Decreto Ley 1795 de 2000 que negaba el derecho a la salud a los padres de los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares o de la Policía, que hubieran ingresado al servicio con anterioridad a la expedición de dos decretos de 1990 y de 1989, y que hubieran dejado de ser miembros activos, por haberse pensionado. Los padres podrán continuar siendo beneficiarios del SSMP, siempre y cuando no tengan la posibilidad de ser beneficiarios de ningún otro sistema de seguridad social en salud.
- C-931 de 2004 constitucionalidad condicionada del artículo 2° de la Ley 848 de 2003, en el entendido que el Gobierno y el Congreso “deben incluir las partidas necesarias para mantener, cuanto menos, los niveles alcanzados de cobertura y calidad del servicio público de educación superior” y también mantener actualizados los salarios de los servidores públicos.
- C-507 de 2008 constitucionalidad condicionada del artículo 2° de la Ley 848 de 2003, a que no se desconozca la prohibición de regresividad, pues se debe respetar el derecho de los pensionados a mantener el poder adquisitivo real de la pensión, mediante su reajuste anual.
- C-428 de 2009 inconstitucionalidad del requisito del numeral 1° del artículo 1° de la Ley 860 de 2003 pues la norma vulneró el principio de progresividad del derecho a la seguridad social, al modificar el número de semanas de cotización necesarias para acceder a la pensión de invalidez, contradiciendo la Constitución.
- C-444 de 2009 constitucionalidad condicionada del artículo 40 de la Ley 3ª de 1991, pues continúa vigente la obligación de los vendedores de vivienda de interés social de otorgar una garantía de calidad y estabilidad de los inmuebles que enajenan.

- C-556 de 2009 inconstitucionalidad de los literales “a” y “b” del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que contemplan una exigencia de fidelidad de cotización, que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, y constituye una medida regresiva en materia de seguridad social, puesto que la modificación establece un requisito más riguroso para acceder a la pensión de sobrevivientes.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor, “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, en *Revista Estudios Socio-jurídicos*, N° 9 (número especial), Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 9-33.
- ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004.
- ALEXY, Robert, “Derechos Sociales Fundamentales” en Miguel Carbonell, Juan Cruz Parceró, y Rodolfo Vásquez (comps.), *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, UNAM, México D.F., 2000.
- ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, 2ª ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- ALSTON, Philip, Ryan GOODMAN y Henry J. STEINER, *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, Oxford University Press, New York, 2007.
- ALTHUSSER, Louis, *Ideología y aparatos ideológicos de Estado*, Nueva Visión, Buenos Aires, 2008.
- ANSUÁTEGUI, Francisco Javier, “Algunas reflexiones sobre la visión integral de los derechos. Comentario del libro de Gregorio Peces-Barba «Curso de derechos fundamentales (I, Teoría General)»”, en *Derechos y Libertades*, N° 2, UC3M – IDHBC/ BOE, Madrid, 1993-1994, p. 657-670.
- ANSUÁTEGUI, Francisco Javier, *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas N°2, Dykinson, Madrid, 1997.
- ANSUÁTEGUI, Francisco Javier, “Derechos: Cuestiones de Terminología Jurídica”, en *Revista de Derecho Constitucional*, Centro de Jurisprudencia de la Corte Suprema de El Salvador, N° 30, 1999, p. 1-32.
- ANSUÁTEGUI, Francisco Javier, “La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Ética pública”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° XVI, Ministerio de Justicia/ BOE/ Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 1999, p. 199-224.
- ANSUÁTEGUI, Francisco Javier, “Ordenamiento jurídico y derechos humanos” en, J.J. TAMAYO, (Dir.), *10 palabras clave sobre derechos humanos*, Verbo Divino, Estella, 2005.

- ANSUÁTEGUI, Francisco Javier, “Argumentos para una Teoría de los derechos sociales”, en *Revista de Derecho del Estado*, N° 24, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 45-64.
- ANSUÁTEGUI, Francisco Javier, “Diritti fondamentali e dignità umana”, en *Rivista Ragion Pratica*, N° 38, Giugno, 2012.
- ANSUÁTEGUI, Francisco Javier, “Los derechos fundamentales en Principia Iuris (o los límites de la teoría del Derecho)”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° XXIX, Ministerio de Justicia/ BOE/ Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 2013, p. 35-55.
- ANSUÁTEGUI, Francisco Javier, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, IDHBC/ Dykinson, Madrid, 2013.
- AÑÓN, María José y Javier de LUCAS, “Necesidades, razones, derechos”, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 7, Alicante, Universidad de Alicante, 1990, p. 55-81.
- AÑÓN, María José y José GARCÍA AÑÓN (Coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- AÑÓN, María José, *Necesidades y Derechos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- AÑÓN, María José, “Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 44, Universidad de Granada, 2010, p. 15-41.
- AÑÓN, María José, “¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?”, en *Derechos y Libertades*, N° 34, época II, 2016, p. 57-90.
- ARANGO, Rodolfo, “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales”, en *Revista Derecho Público*, N° 12, Universidad de los Andes, Bogotá, 2001, p. 185-212.
- ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005.
- ARANGO, Rodolfo, “La prohibición de retroceso en Colombia”, en Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 153-172.

- ARANGO, Rodolfo, “Los derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión y perspectivas de futuro”, en *Cuadernos electrónicos, Derechos Humanos y Democracia*, N° 5, 2009, p. 1-23.
- ARIZA, Libardo José, “Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas presas y la intervención de la Corte Constitucional en el sistema penitenciario colombiano”, en Daniel Bonilla, (edit.), *Constitucionalismo del Sur Global*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2015, p. 169-204.
- ASÍS, Rafael de, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista, Cuadernos Bartolomé de las Casas N° 17*, IDHBC/ UC3M/ Dykinson, Madrid, 2001.
- ASÍS, Rafael de, “Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos”, en Palacios, Agustina; Campoy Cervera, Ignacio (eds.), *Igualdad, no discriminación y discapacidad*, Dykinson / IDHBC, Madrid, 2007.
- ASÍS, Rafael de, “Sobre la interpretación de los derechos sociales”, en Ribotta, Silvina y Rossetti, Andrés (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la Justicia*, Dykinson, Madrid, 2010.
- BEA PÉREZ, Emilia, “Derechos y deberes. El horizonte de la responsabilidad”, en *Derechos y Libertades*, N° 29, época II, junio 2013, UC3M – IDHBC/ Dykinson, Madrid, 2013, p. 53-92.
- BERLIN, Isaiah, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza Editorial, Madrid, 2010.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*, 4ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014 [2003].
- BERNAL PULIDO, Carlos, “El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, en Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco (edits.), *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2010, p. 451-482.
- BERRAONDO, Mikel y Asier MARTÍNEZ, *La integración del enfoque basado en derechos humanos en las prácticas cotidianas. Repensar hoy y hablar del mañana*, IPES Elkartea, Pamplona, 2011.

- BETANCUR, Luis Ignacio, “Acciones constitucionales y gasto público”, en Manuel Alberto Restrepo Medina, (edit.) *Retos y perspectivas del derecho administrativo (Segunda parte)*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009, p. 93-105.
- BILCHITZ, David, “El constitucionalismo, el sur global y la justicia económica”, en Daniel Bonilla, (edit.), *Constitucionalismo del Sur Global*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2015, p. 57-123.
- BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís, Sistema, Madrid 1991.
- BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1993.
- BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993.
- BOBBIO, Norberto, *Derecha e Izquierda. Razones y significados de una distinción política*, Taurus, Madrid, 1995.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, *Diccionario de Política*, v. 1, 11ª ed., México D.F., Siglo XXI, 1998.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993.
- BOLÍVAR, Ligia, “Derechos Económicos Sociales y Culturales: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Tomo V, IIDH, San José, Costa Rica, 1996.
- BOLÍVAR JAIME, Aura Patricia, “Mecanismos de reparación en perspectiva comparada”, en Catalina Díaz Gómez, Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny Yepes, (edits.), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, ICTJ / DeJusticia, Bogotá, 2009, p. 71-143.
- BONET PÉREZ, Jordi, “Introducción general: presupuestos y dinamismo evolutivo de la exigibilidad jurídica internacional de los derechos económicos, sociales y culturales” en Jordi BONET PÉREZ y Rosa Ana ALIJA FERNÁNDEZ (edits.), *La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sociedad internacional del siglo XXI: Una aproximación jurídica desde el derecho internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 11-67.
- BONETTI, José Andrés, “Doce notas introductoras al concepto de ideología”, en *Revista de Filosofía*, v.46 n.46, Centro de Estudios Filosóficos Adolfo García Díaz/ Universidad del Zulia, Maracaibo, 2004, p. 7-34.

- BONILLA, Daniel, “Consultorios jurídicos universitarios en el Norte y Sur Globales: entre la igualdad y la subordinación”, en Daniel Bonilla Maldonado, (comp.), *Geopolítica del conocimiento jurídico*, Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes, Bogotá, 2015, p. 43-109.
- CALSAMIGLIA, Albert, “Sobre el principio de igualdad”, en MUGUERZA, Javier, et. al., *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p. 97-110.
- CAMPOY CERVERA, Ignacio, “Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° XXI, Ministerio de Justicia/ BOE/ Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 2004, p. 143-166.
- CAMPS, Victoria, “El descubrimiento de los derechos humanos”, en MUGUERZA, Javier, et. al., *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p. 111-117.
- CAPDEVILLA, Néstor, *El concepto de Ideología*, Nueva Visión, Buenos Aires, 2006.
- CARBONELL, Miguel, *La libertad, dilemas, retos y tensiones*, UNAM, México, 2008.
- CARO, Miguel Antonio, *Informe sobre los “Elementos de Ideología” de Tracy*, Bogotá, 1870, en ICC, clásicos colombianos IV, M. A. Caro Obras, Tomo I, en Repositorio Institucional Pontificia Universidad Javeriana, Colombia. En <http://hdl.handle.net/10554/1134> (02-05-2013)
- CASTRO-GÓMEZ, Santiago, “Althusser, los estudios culturales y el concepto de ideología”, en *Revista Iberoamericana*, Vol. LXVI, Núm. 193, Oct - Dic, University Library System - University of Pittsburgh, 2000, p. 737-751.
- CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES, *La lucha por el Derecho*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2008.
- CLARK, Dana, “El Panel de Inspección del Banco Mundial”, en Malcolm Langford, (edit.), *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo del Hombre / Universidad de los Andes, Bogotá, 2013, p. 879-895.
- COHEN, Gerald Allan, *Self-Ownership, Freedom, and Equality*, Cambridge University Press, New York, 1995.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “Reglamento provisional en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional

- de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nº E/C.12/49/3)”, del 15 de enero de 2013.
- CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, 1993.
- CONSTANT, Benjamin, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, en *Escritos Políticos*, estudio preliminar, trad. y notas de SÁNCHEZ, MEJÍA, María Luisa, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 [1819].
- COOMANS, Fons, “Economic, Social and Cultural Rights”, en *Studie- en Informatiecentrum Mensenrechten (SIM) Special*, Nº 16, Universidad de Utrecht, 1995.
- CORREA SUTIL, Sofía, *Con las Riendas del Poder: La Derecha Chilena en el Siglo XX*, Sudamericana, Santiago, 2005.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Tesauro”, en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/biblioteca/biblioteca-tesauro>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia del Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, 1 de septiembre de 2015, en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_298\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_298_esp.pdf)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia del Caso Lagos del Campo vs Perú*, 31 de agosto de 2017, en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_340\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf)
- COURTIS, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios” en Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 3-50.
- COURTIS, Christian, “Los derechos sociales en perspectiva: La cara jurídica de la política social”, en Carbonell, Miguel (edit.), *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Trotta/UNAM, Madrid, 2007, p. 185-212.
- COURTIS, Christian, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales, y derechos humanos*, Fontamara, México DF, 2009.
- DESTUTT DE TRACY, Antoine Louis Claude, *Éléments d’idéologie Pte. 1, Idéologie proprement dite*, Mme Ve Courcier, Imprimeur-Libraire, París, 1804.



- DÍAZ AGUILERA, Juan y Carmen Bel Adell, “Las ONGs y sus relaciones con la Administración. Reflexiones para un debate” en *Papeles de Geografía*, N° 38 (2003): 77-102.
- DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998 [1966].
- DÍAZ, Elías, “Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales”, en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, N° 125, Madrid, 1995.
- DIJK, Teun A. van *Ideología. Una aproximación multidisciplinaria*, Gedisa, Barcelona, 2000.
- DIJK, Teun A. van, “Ideología y análisis del discurso”, en *Utopía y Praxis Latinoamericana*, Año 10, N°29, abr – jun, Universidad del Zulia, Maracaibo, 2005, p. 9-36.
- DIJK, Teun A. van, “Política, ideología y discurso”, en *Quórum Académico*, Vol. 2, N° 2, jul – dic, Universidad del Zulia, Maracaibo, 2005, p. 15-47.
- DURKHEIM, Emile, *Escritos selectos*; introducción y selección de Anthony Giddens, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1993 [1972].
- DWORKIN, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003.
- ECCLESHALL, Robert, *et. al.*, *Ideologías Políticas*, Tecnos, Madrid, 2011.
- EIDE, Asbjorn, “The New International Economic Order and the Promotion of Human Rights. Report on the right to adequate food as a human right (N° E/CN.4/Sub.2/1987/23)”, p. 21. En [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=E/CN.4/Sub.2/1987/23](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/Sub.2/1987/23)
- EIDE, Asbjorn, “Estudio actualizado sobre el derecho a la alimentación (E/CN.4/Sub.2/1999/12)”, en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/138/16/PDF/G9913816.pdf?OpenElement>
- ESPEJO YAKSIC, Nicolás, “Derechos sociales, republicanismo y Estado de Derecho: un modelo de justiciabilidad”, en Arcidiácono, Pilar; Espejo Yaksic, Nicolás; Rodríguez, César (eds.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Editorial Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, UDP, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Bogotá, 2010.
- ESTENSSORO, Fernando, “El concepto de Ideología”, en *Hermenéutica intercultural Revista de Filosofía*, N° 15, Ediciones Universidad Católica Silva Henríquez, Santiago de Chile, 2006, p. 97-112.

- ESTERMANN, Josef, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Abya-Yala, Quito, 1998.
- FARIÑAS, María José, “Ajustes neoliberales al constitucionalismo social”, en Silvina Ribotta, Andrés Rossetti y Rafael de Asís, coords., *Los derechos sociales y su exigibilidad: libres de temor y miseria*, Dykinson / IDHBC, Madrid, 2015, p. 119-136.
- FENWICK, Colin, “La Organización Internacional del Trabajo: un enfoque integrado a los derechos económicos y sociales” en Malcolm Langford, (edit.), *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo del Hombre / Universidad de los Andes, Bogotá, 2013, p. 829-857.
- FERNÁNDEZ CEPEDAL, José Manuel, “Ideología «brumarista» y Napoleón Bonaparte”, en *Revista El Basilisco*, N° 17, Oviedo, 1994, p. 37-44.
- FERNÁNDEZ, Eusebio, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1984.
- FERNÁNDEZ, Eusebio, “Acotaciones de un supuesto iusnaturalista a las hipótesis de Javier Muguerza sobre la fundamentación ética de los derechos humanos”, en MUGUERZA, Javier, et. al., *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p. 155-162.
- FERNÁNDEZ, Eusebio, “Concepto de derechos humanos y problemas actuales”, en *Derechos y Libertades*, N° 1, UC3M – IDHBC/ BOE, Madrid, 1993, p. 45-49.
- FERNÁNDEZ, Eusebio, “Solidaridad”, en PECES-BARBA, Gregorio, et. al., *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*, Espasa, Madrid, 2007, p. 142-145.
- FERNÁNDEZ, Eusebio, *Valores constitucionales y Derecho*, Dykinson / IDHBC, Madrid, 2009.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Dilex, Madrid, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini*, Trotta, Madrid, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Trotta, Madrid, 2008.

- FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia, Tomo 1, Teoría del Derecho*; traducción de Perfecto Andrés Ibáñez (et al.), Trotta, Madrid, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia, Tomo 2, Teoría de la democracia*; traducción de Perfecto Andrés Ibáñez (et al.), Trotta, Madrid, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*; traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2014.
- FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo, “Justificación del rol de las cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la protección de la salud”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, Nº 2, 2009, p. 313-342.
- FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo, “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, Nº 3, 2009, p. 587-620.
- FISHKIN, James S., “Las fronteras de la obligación”, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 3, Alicante, Universidad de Alicante, 1986, p. 69-82.
- FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS, World Health Organization, United Nations University, *Report on human energy requirements*, Food and nutrition technical report series Nº 1, Rome, 2004.
- FREIRE, Paulo, *Pedagogía del oprimido*, Madrid, Siglo XXI, 2016 [1970].
- FUKUYAMA, Francis, *El fin del hombre*, Ediciones B, Barcelona, 2002.
- GARCÍA CÍVICO, Jesús, “¿Qué es un indicador de derechos humanos y cómo se utiliza?”, en *Derechos y Libertades*, Nº 24, Época II, IDHBC, UC3M, Dykinson, Madrid, 2011, p. 179-219.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “Los enemigos ocultos de los derechos sociales. Cinco creencias erróneas sobre los derechos humanos”, en *Cuadernos Electrónicos de Derechos Humanos y Democracia*, Nº 5, 2009, p. 52-73.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*, El Viejo Topo, Madrid, 2013.

- GARCÍA, Juan Justo (Don), *Elementos de verdadera lógica. Compendio ó sea extracto (sic) de los elementos de ideología del Senador Destutt-Tracy*, Imprenta de Don Mateo Repullés, Madrid, 1821.
- GARGARELLA, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Paidós, Barcelona, 1999.
- GARGARELLA, Roberto, “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos” en Roberto Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2014, p. 119-158.
- GARGARELLA, Roberto, “El Nacimiento Del ‘constitucionalismo Popular’.” *Revista de Libros (Fundación Caja Madrid)*, N° 112, 2006, p. 15-18, en <http://www.jstor.org/stable/30230708>
- GARGARELLA, Roberto y Paola BERGALLO, “Presentación”, en Roberto GARGARELLA (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2014, p. 9-13.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 3, Alicante, Universidad de Alicante, 1986, p. 17-33.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Propuestas*, Trotta, Madrid, 2011.
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, “Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político”, en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales* N° 101, Fundación Sistema, Madrid, 1991.
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, *Autonomía, dignidad y ciudadanía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, “Louis Blanc y la concepción socialista jacobina de los derechos humanos”, en *Historia de los derechos fundamentales, Tomo III, Siglo XIX, Volumen II. Libro II (La filosofía de los derechos humanos)*, Dykinson / IDHBC, Madrid, 2007, p. 909-941.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, UNAM, México, 2008.
- GOODWIN, Barbara, *El uso de las ideas políticas*, 2ª ed., Península, Barcelona, 1997.

- GRECO, Tommaso, “Antes el deber. Una crítica de la filosofía de los derechos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° XXVI, Ministerio de Justicia/ BOE/ Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 2010, p. 327-344.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, Fontamara, México, 2001.
- GUILLEM MESADO, Juan Manuel, *Los movimientos sociales en las sociedades industriales*, Eudema, Madrid, 1994.
- GURVITCH, Georges, *La idea del derecho social. Noción y sistema del derecho social. Historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin de siglo XIX*, ed. y trad. de MONEREO PÉREZ, José Luis y MÁRQUEZ PRIETO, Antonio, Comares, Granada, 2005 [1932].
- HABA, Enrique P., “El asunto del «fundamento» para los derechos humanos: ¡Pseudoproblema! (O bien, cuestión de unas elucidaciones cuasiteológicas)”, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 27, Alicante, Universidad de Alicante, 2004, p. 429-435.
- HABA, Enrique P., *Metodología Jurídica Irreverente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales*, IDHBC-Dykinson, Madrid, 2006.
- HAYEK, Friedrich A., “El espejismo de la justicia social”, comp. en *Derecho, Legislación y Libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Unión Editorial, Madrid, 2006 [1976].
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Principios de la filosofía del derecho*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2011.
- HERRERA FLORES, Joaquín, *Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest*, Tecnos, Madrid, 1989.
- HIERRO, Liborio, “¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto”, en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales* N° 46, Fundación Sistema, Madrid, 1982, p. 45-62.
- HOLMES, Stephen y Cass SUNSTEIN, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.
- HOOFF, G.J.H. van, “The legal nature of economic, social and cultural Rights: a rebuttal of some traditional views”, en, Alston Philip y Katarina Tomasevski, *The right to food*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1984.
- HOTTOIS, Gilbert, “Dignidad humana y bioética. Un enfoque filosófico crítico”, en *Revista Colombiana de Bioética*, Vol. 4, 2009, p. 53-83.

- IGNATIEFF, Michael, “Human Rights as Politics”, en IGNATIEFF, Michael, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2001, p. 3-52.
- KECK, Margaret E. y Kathryn SIKKINK, *Activists beyond Borders. Advocacy Networks in International Politics*, Ithaca, Cornell University Press, 1998.
- KENNEDY, Emmet “ ‘Ideology’ from Destutt De Tracy to Marx”, en *Journal of the History of Ideas*, V. 40, N°3, Jul-Sep, University of Pennsylvania Press, 1979. En <http://www.jstor.org/stable/2709242> (12-04-2013)
- KLEIN, Naomi, *La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre*, Paidós, Buenos Aires, 2008.
- LANGFORD, Malcolm y Jeff A. KING, “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: pasado, presente y futuro”, en Malcolm Langford, (edit.), *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo del Hombre / Universidad de los Andes, Bogotá, 2013, p. 681-733.
- LAPORTA, Francisco, “El principio de igualdad: Introducción a su análisis”, en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales* N° 67, Fundación Sistema, Madrid, 1985, p. 3-32.
- LAPORTA, Francisco, “Los derechos sociales y su protección jurídica: Introducción al problema”, en BETEGÓN, Jerónimo, et. al. (Coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales / Ministerio de la Presidencia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2004, p. 297-325.
- LE MOS, Livia, “La protección de los derechos sociolaborales en el marco de la Organización Internacional del Trabajo. El procedimiento especial de reclamaciones colectivas y su utilización con relación a Brasil” en Ana López, Carlos López; Manuel Alberto Restrepo Medina, (eds.), *Responsabilidad internacional y del Estado: Encrucijada entre sistemas para la protección de los derechos humanos*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2015.
- LEVI, Primo, *Si esto es un Hombre*, Muchnik Editores, Barcelona, 2002.
- LONDOÑO, Beatriz, “Balance de las acciones de cumplimiento en la Constitución de 1991”, en Facultad de Jurisprudencia Universidad del Rosario (edit.), *La Constitución por construir. Balance de una década de cambio institucional*, Bogotá,

- Universidad del Rosario/ Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política, 2001, p. 100-105.
- LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, Eugenia, “El Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional ante los derechos económicos, sociales y culturales”, en Jordi BONET PÉREZ y Rosa Ana ALIJA FERNÁNDEZ (eds.), *La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sociedad internacional del siglo XXI: Una aproximación jurídica desde el derecho internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 245-261.
- LÓPEZ MURCIA, Julián Daniel, et al., *La garantía de los derechos sociales*, Universidad Javeriana/Ibáñez, Bogotá, 2009.
- LOUZÁN DE SOLIMANO, Nelly; García, Horacio, “El elemento aristocrático de la República Romana: El Senado”, en *Aequitas*, Vol. 2, N° 2, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Salvador, Buenos Aires, 2013.
- LOVERA, Domingo, “Políticas públicas y derechos sociales. En busca de un lugar adecuado para las cortes”, en Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo Yaksic y César Rodríguez (eds.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Editorial Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, UDP, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Bogotá, 2010.
- LUCAS, Javier de, *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México D.F., 1993.
- LUCAS, Javier de, “La igualdad ante la ley” en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco (eds.), *El derecho y la Justicia*, CSIC/ Trotta, Madrid, 2000.
- MANNHEIM, Karl, *Ideología y Utopía. Introducción a la sociología del conocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1987.
- MARCUELLO SERVÓS, Carmen y Chaime MARCUELLO SERVÓS, “¿Mercantilización de la solidaridad o conversión altruista?”, en *Revista Esic market*, N° 114 (2003): 123-134.
- MARTÍNEZ, José Ignacio y Francisco ZUÑIGA, “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 9, N° 1, 2011, p. 199-226.
- MARX, Karl; Engels, Friedrich, *La ideología alemana*, Pueblos Unidos/Grijalbo, Montevideo/Barcelona, 1974.
- MARX, Karl; Engels, Friedrich, *La ideología alemana*, L'Eina, Barcelona, 1988.



- MASLOW, Abraham H., *Motivación y personalidad*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 1991.
- MASLOW, Abraham H., *A Theory of Human Motivation*, Tree of Knowledge, New York, Versión Kindle, 2013.
- MAX-NEEF, Manfred A.; ELIZALDE, Antonio; HOPENHAYN, Martín, *Desarrollo a escala humana. Conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones*, Nordan/Icaria, Montevideo/Barcelona, 1998.
- MEES, Ludger, “¿Vino viejo en odres nuevos? Continuidades y discontinuidades en la historia de los movimientos sociales” en *Revista Historia contemporánea*, Nº 16, Universidad del País Vasco (UPV-EHU), 1997, p. 219-253.
- MELISH, Tara, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights, Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), Quito, 2003.
- MELLÓN, Joan Antón, “Estudio introductorio: el uso político de las ideas”, en Vallbé, Joan Josep, *Antología de textos políticos contemporáneos: la ideología escrita*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 13-19.
- MELLÓN, Joan Antón, “‘La sangre vale más que el oro’. ¿Son fascistas las ideas-fuerza de la nueva Derecha europea (ND)?”, en AECPA, *Memorias IX Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración*, (Actas Área IV – Comportamiento Político, Grupo de Trabajo 4.4 Extremismo y democracia excluyente), Málaga, 2009. En [http://www.aecpa.es/congresos/congreso\\_09/grupos-trabajo/area04/GT04/actas.php](http://www.aecpa.es/congresos/congreso_09/grupos-trabajo/area04/GT04/actas.php) (12-11-2013)
- MIGUEL BERIAIN, Íñigo de, “Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº XXI, Ministerio de Justicia/ BOE/ Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 2004, p. 187-212.
- MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1970 [1859].
- MONEREO, Cristina, *Ideologías Jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, Comares, Granada, 2007.
- MUGUERZA, Javier, et. al., *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989.
- MUNCK, Thomas, *La Europa del siglo XVII, 1598-1700: estados, conflictos y orden social en Europa*, Akal, Madrid, 1994.



- NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 2007.
- NINO, Carlos Santiago, “Autonomía y Necesidades Básicas”, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 7, Alicante, Universidad de Alicante, 1990, p. 21-34.
- NINO, Carlos Santiago, “Sobre los derechos sociales”, en Miguel Carbonell, Juan Cruz Parcerro, Rodolfo Vásquez, Comp., *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, UNAM, México, 2000, p. 137-143.
- NOCERA, Pablo, “Discurso, escritura e historia en *l'idéologie* de Destutt de Tracy”, en *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Vol. 21, N° 1, Universidad Complutense de Madrid, Enero de 2009, p. 313-330.
- NUSSBAUM, Martha, *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*, Herder, Barcelona, 2002.
- NUSSBAUM, Martha, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Paidós, Barcelona, 2007.
- OLIVAS DÍAZ, Amaya, “El papel de los jueces en la garantía de los derechos sociales”, en Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete, 2009.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, y Universidad de Naciones Unidas, *Necesidades de energía y de proteínas*, Serie de Informes Técnicos, Vol. 724, Ginebra, 1985.
- OXFAM Internacional, *Justicia fiscal para reducir la desigualdad en Latinoamérica y el Caribe*, Oxfam GB, Oxford, 2014.
- PARIJS, Philippe Van, *Libertad real para todos: qué puede justificar al capitalismo (si hay algo que pueda hacerlo)*, Paidós, Barcelona, 1996.
- PARIJS, Philippe Van y VANDERBORGHT, Yannick, *La renta básica. Una medida eficaz para luchar contra la pobreza*, Paidós, Barcelona, 2006.
- PAUTASSI, Laura, “La exigibilidad de derechos en contextos de marginación social. El lugar de la política pública”, en Laura Pautassi y Gustavo Gamallo (dirs.), *¿Más derechos, menos marginaciones? Políticas sociales y bienestar en la Argentina*, Buenos Aires, Biblos, 2012.
- PAUTASSI, Laura, “Evaluando el progreso, midiendo el cumplimiento de derechos. Indicadores de medición del Protocolo de San Salvador” en CEPAL e Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Seminario Internacional Indicadores de derechos*

- económicos, sociales y culturales (DESC) y seguimiento de las políticas sociales para la superación de la pobreza y el logro de la igualdad, Santiago de Chile, INDH, 2013, p. 41-54.
- PECES-BARBA, Gregorio, “Notas sobre el concepto de derechos fundamentales”, en *Libertad, poder, socialismo*, Civitas, Madrid, 1978.
- PECES-BARBA, Gregorio, “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”, en PECES-BARBA, Gregorio, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988.
- PECES-BARBA, Gregorio, “Humanitarismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada”, en Rafael de Lorenzo García (ed.), *Las entidades no lucrativas de carácter social y humanitario*, La Ley, Madrid, 1991, p. 15-62.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- PECES-BARBA, Gregorio, “Concepto y problemas actuales de los derechos humanos”, en *Derechos y Libertades*, Nº 1, UC3M – IDHBC/ BOE, Madrid, 1993, p. 76-85.
- PECES-BARBA, Gregorio, “Escasez y derechos humanos” en Sauca, José M<sup>a</sup> (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid / BOE, Madrid, 1994, p. 193-213.
- PECES-BARBA, Gregorio, “La universalidad de los derechos humanos”, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 15-16, Alicante, Universidad de Alicante, 1994, p. 613-633.
- PECES-BARBA, Gregorio, “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, en *Derechos y Libertades*, Nº 6, UC3M – IDHBC/BOE, Madrid, 1998, p. 15-34.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid / Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
- PECES-BARBA, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Cuadernos Bartolomé de las Casas Nº 26, Dykinson, Madrid 2003.
- PECES-BARBA, Gregorio, “Los derechos económicos, sociales y culturales: apuntes para su formación histórica”, en *Historia de los derechos fundamentales, Tomo III, Siglo XIX, Volumen II. Libro I (La filosofía de los derechos humanos)*, Dykinson / IDHBC, Madrid, 2007, p. 423-467.

- PELÈ, Antonio, “Una aproximación al concepto de dignidad humana”, en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política* N° 1, IDHBC - UC3M, 2004.
- PELÈ, Antonio, *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*, Dykinson / IDHBC, Madrid, 2010.
- PERELMAN, Jeremy, “Activismo transnacional de derechos humanos, colaboraciones en consultorios jurídicos y economía política de la responsabilidad de los consultorios jurídicos ante la sociedad: la cartografía del espacio intermedio”, en Daniel Bonilla Maldonado (comp.), *Geopolítica del conocimiento jurídico*, Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes, Bogotá, 2015, p. 189-288.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 1, 1981, UCM, Madrid, 1982, p. 257-275.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1986.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Concepto y concepción de los derechos humanos”, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 4, Alicante, Universidad de Alicante, 1987, p. 47-66.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, IDHBC/Dykinson, Madrid, 2005.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la Filosofía del Derecho”, en *Derechos y Libertades*, N° 14, enero 2006, UC3M – IDHBC / Dykinson / Fundación El Monte, Madrid, 2006, p. 151-178.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2007.
- PICAS CONTRERAS, Joan, “El papel de las Organizaciones No Gubernamentales y la crisis del desarrollo. Una crítica antropológica a las formas de cooperación” (Tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2006). En <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=3726>
- PISARELLO, Gerardo, “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho”, en Miguel Carbonell, (edit.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM, México DF, 2000, p. 111-135.

- PISARELLO, Gerardo (ed.), *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Trotta, Madrid, 2006.
- PISARELLO, Gerardo, “Derechos sociales y principio de no regresividad en España”, en en Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 307-327.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.
- PISARELLO, Gerardo, “La justiciabilidad de los derechos sociales: realidad y desafíos”, en *Sociedad y Utopía. Revista de Ciencias Sociales*, Nº 34, Noviembre de 2009, p. 139-163.
- PISARELLO, Gerardo; García Morales, Aniza y Olivas Díaz, Amaya, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete, 2009.
- POSTMAN, Neil, *Divertirse hasta morir: el discurso público en la era del “show business”*, Ediciones de la Tempestad, Barcelona, 2001.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Trotta/UNAM, Madrid, 2007, p. 213-236.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *La acción de inconstitucionalidad*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2015.
- REALE, Miguel, *Teoría tridimensional del derecho: una visión integral del derecho*, Tecnos, Madrid, 1997.
- RESTREPO OSPINA, Adriana María, “Acción de cumplimiento y deberes de gasto”, en *Revista Estudios de Derecho* (Universidad de Antioquia), Vol. LXVI. Nº 148, Diciembre 2009, p. 203-227.
- REY PÉREZ, José Luis, *El derecho al trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?*, Dykinson / IDHBC, Madrid, 2007.
- REY PÉREZ, José Luis, “Una reflexión sobre las formas de garantizar los derechos sociales en el siglo XXI” en Silvina Ribotta, Andrés Rossetti y Rafael de Asís, coords., *Los derechos sociales y su exigibilidad: libres de temor y miseria*, Dykinson / IDHBC, Madrid, 2015, p. 243-273.

- RIBOTTA, Silvina, “Igualdad de qué” en *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.
- RIBOTTA, Silvina, “Cómo repartir recursos en términos de derechos sociales: ¿igualdad o prioridad?”, en Ribotta, Silvina y Rossetti, Andrés (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la Justicia*, Dykinson, Madrid, 2010.
- RIQUELME CORTADO, Rosa, “El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales entra en vigor. Centro neurálgico para la judicialización de esta gama de derechos”, en *Ordine internazionale e diritti umani*, N° 1, 2014, p. 1-39.
- ROBLES, Gregorio, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Civitas, Madrid, 1992.
- ROCA TRÍAS, Encarnación y María Ángeles AHUMADA RUIZ, “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española”, en *Memorias de la XV Conferencia Trilateral - Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España*, Roma 24-27 de octubre 2013.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César, “El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”, en Roberto GARGARELLA (comp.) *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2014, p. 211-244.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Diana RODRÍGUEZ FRANCO, “Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia”, en Christian COURTIS y Ramiro ÁVILA SANTAMARÍA (edits.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, p. 321-374.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Diana RODRÍGUEZ FRANCO, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Siglo Veintiuno Editores/ Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Buenos Aires, 2015.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Diana RODRÍGUEZ FRANCO
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Diana RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en*

- Colombia, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2010.
- RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *La nueva generación de derechos humanos: origen y justificación*, Dykinson, Madrid, 2010.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín, *La razón de los derechos*, Tecnos, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ TOUS, Juan Antonio, “Breve noticia de una transición. Política y Sociedad catalanas en los años finales del pujolismo”, en *El noticiero de las ideas*, Nº 3, jul-sep, Comeres Prensas, Madrid, 2000.
- RODRÍGUEZ TOUS, Juan Antonio “Paradojas de la ciudadanía cultural. El ejemplo catalán”, en Fernando García de Cortázar, Coord., *Los temas de nuestro tiempo*, Fundación para el análisis y los estudios sociales, Madrid, 2002, p. 51-88.
- ROMERO VILLAMIZAR, Laura, “Los mecanismos de supervisión y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Europeo de Derechos Humanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Público*, Nº 30, Universidad de los Andes, Bogotá, 2013, p. 1-39.
- ROSS, Alf, *¿Por qué democracia?*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- SAFFON, María Paula y Mauricio GARCÍA VILLEGAS, “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, en *Revista Estudios Socio-jurídicos*, Nº 13(1), Universidad del Rosario, Bogotá, 2011, p. 71-103.
- SÁNCHEZ-MEJÍA, María Luisa, “La teoría política de los ideólogos” en Cabanis, André y Destutt de Tracy, Antoine-Louise-Claude, *Textos políticos de los ideólogos*, ed. y prelim. de María Luisa Sánchez-Mejía; traducción de Luis Risco y Ramón Salas, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- SANDEL, Michael J., *Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado*, Debate, Madrid, 2013.
- SANDOVAL TERÁN, Areli, “Experiencias de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en México desde organizaciones de la sociedad civil”, en Ernesto ISUNZA VERA y Alberto OLVERA (coords.), *Democratización, rendición de cuentas y sociedad civil: participación ciudadana y control social*, México DF, Cámara de Diputados/CIESAS/Universidad Veracruzana/Miguel Ángel Porrúa, 2006, p. 105-132.

- SANTOS, Boaventura de Souza, *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1999.
- SAPAG, Mariano, “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”, en *Revista Dikaion*, vol. 22, núm. 17, Universidad de La Sábana, 2008, p. 157-198.
- SAURA ESTAPÀ, Jaume, “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (Desc)”, en *Papeles el tiempo de los derechos N° 2*, Universitat de Barcelona, Institut de Drets Humans de Catalunya, Barcelona, 2011.
- SAURA ESTAPÀ, Jaume, “El derecho humano a la alimentación y su exigibilidad jurídica”, en *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 3, N° 1, 2013.
- SCHEININ, Martin, “El Comité de Derechos Humanos: no solo un comité de derechos civiles y políticos”, en Malcolm Langford, (edit.), *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo del Hombre / Universidad de los Andes, Bogotá, 2013, p. 765-780.
- SEN, Amartya, “¿Igualdad de qué?”, en McMurrin, S. (ed.), *Libertad, Igualdad y Derecho. Las Conferencias Tanner sobre Filosofía Moral*, trad. de G. Valverde Gefaell, Ariel, Barcelona, 1988.
- SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena, *The nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Antwerpen, 2003.
- SHUE, Henry, “The interdependence of Duties”, en Alston, Philip y Tomasevski, Katarina, *The right to food*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1984.
- SILVA PORTERO, Carolina, “Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción?”, en Ávila, Ramiro (Comp.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- SORIANO, Ramón, *Por una renta básica universal. Un mínimo para todos*, Almuzara, España, 2012.
- SORTO, Fredys Orlando, “La compleja noción de solidaridad como valor y como Derecho: la conducta de Brasil en relación a ciertos Estados menos favorecidos”, en Losano, Mario (ed.), *Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis*, IDHBC/Dykinson, Madrid, 2011.



- SQUELLA, Agustín, “Derecha e Izquierda: la igualdad hace la diferencia. Comentario a un libro de Norberto Bobbio”, en *Derechos y Libertades*, N° 6, UC3M – IDHBC/BOE, Madrid, 1998.
- TORROJA MATEU, Helena, “El control internacional universal *cuasi contencioso* de los derechos económicos, sociales y culturales: comentario a la comunicación núm. 2/2014 ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el incumplimiento por el Estado español del respeto del derecho a una vivienda adecuada”, en Jordi BONET PÉREZ y Rosa Ana ALIJA FERNÁNDEZ (eds.), *La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sociedad internacional del siglo XXI: Una aproximación jurídica desde el derecho internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 145-161.
- TUGENDHAT, Ernst, *Ser, Verdad, Acción. Ensayos Filosóficos*, Gedisa, Barcelona, 1998.
- TUSHNET, Mark, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton, 2008.
- TUSSMAN, Joseph y Jacobus tenBroek, “The Equal Protection of the Laws” en *California Law Review* 37, N° 3 (September), University of California, Berkeley, 1949, p. 341-381.
- UNESCO (comp.), *Los derechos del hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva declaración universal*, Fondo de Cultura Económica, México D.F. – Buenos Aires, 1949.
- UPRIMNY, Rodrigo, “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad por la violación de los derechos humanos en la Constitución”, en *La responsabilidad en derechos humanos*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1996.
- UPRIMNY, Rodrigo, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía”, en Germán Burgos Silva, (edit.), *Independencia judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, ILSA, Bogotá, 2003, p. 319-354.
- UPRIMNY, Rodrigo, “La judicialización de la política en Colombia: Casos, potencialidades y riesgos”, *Revista Sur* N° 6, Año 4, 2007.
- UPRIMNY, Rodrigo, “Reflexiones tentativas sobre Constitución, economía y justicia constitucional en América Latina”, en Dunia Martínez (edit.), *Genealogía de la*



*justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Corte Constitucional para el período de transición, 2011, p. 57-108.

UPRIMNY, Rodrigo y Diana GUARNIZO, “La prohibición de regresividad y la protección de los derechos sociales: un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar, (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. IV *Derechos Fundamentales y tutela constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México DF, 2008, p. 709-746.

UPRIMNY, Rodrigo y César RODRÍGUEZ, “Constitución, modelo económico y políticas públicas: una propuesta de integración a propósito del debate sobre el derecho a la educación en Colombia”, en Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo Yaksic y César Rodríguez (eds.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Editorial Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, UDP, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Bogotá, 2010.

UPRIMNY, Rodrigo y Nelson Camilo SÁNCHEZ, “Juzgar y medir: el uso de indicadores de derechos humanos por la Corte Constitucional colombiana”, en Víctor Abramovich y Laura Pautassi, comps., *La medición de derechos en las políticas públicas*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010, p. 295-327.

VÁZQUEZ, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 2006.

VILLALBA VARGAS, Reinaldo, “Experiencia colombiana en materia de tutela y exigibilidad jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Octavio Cantón y Santiago Corcuera, (coords.), *Derechos económicos, sociales y culturales. Ensayos y materiales*, México DF, Porrúa /Universidad Iberoamericana, 2004, p. 249-269.

VILLÁN DURÁN, Carlos, *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2002.

VILLORO, Luis, *El concepto de ideología y otros ensayos*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2007.

VITALI, Stefania; Glattfelder, James B.; Battiston, Stefano, “The Network of Global Corporate Control”, en *PLoS ONE*, Vol. 6, Issue 10, Oct., Zurich, 2011.

ZAID, Gabriel, “Izquierda y derecha: su prehistoria”, en *Letras Libres*, Núm. 94, julio de 2009, Letras Libres Internacional, Madrid, 2009, p. 42-44.

## Internet

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Declaración y programa de acción de Viena (documento A/CONF.157/23)”, del 12 de julio de 1993 en [https://documents-dds-](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/142/36/PDF/G9314236.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/142/36/PDF/G9314236.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/142/36/PDF/G9314236.pdf?OpenElement)

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS “Comisiones principales”, en <http://www.un.org/es/ga/maincommittees/index.shtml>

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Lista preliminar anotada de temas que se incluirán en el programa provisional del septuagésimo segundo período ordinario de sesiones de la Asamblea General (documento A/72/100)”, en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/72/100>

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Órganos subsidiarios de la Asamblea General”, en <http://www.un.org/es/ga/about/subsidiary/index.shtml>

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Política Especial y de Descolonización (Cuarta Comisión)”, en <http://www.un.org/es/ga/fourth/index.shtml>

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Reglamento de la Asamblea General”, en [http://www.un.org/es/ga/about/ropga/ropga\\_cttees.shtml](http://www.un.org/es/ga/about/ropga/ropga_cttees.shtml)

BANCO MUNDIAL, “El Panel de Inspección del Banco Mundial. Al servicio de las comunidades y el medio ambiente”, en [http://ewebapps.worldbank.org/apps/ip/PanelInBrief/Brochure\\_Spanish.pdf](http://ewebapps.worldbank.org/apps/ip/PanelInBrief/Brochure_Spanish.pdf)

COMITÉ CONTRA LA TORTURA, “Summary account of the results of the proceedings of the inquiry on Egypt (Doc. N° A/72/44 párrs. 58-71)”, en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A%2f72%2f44&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A%2f72%2f44&Lang=en)

COMITE DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “Informe sobre el tercer periodo de sesiones (6 a 24 de febrero de 1989)”, Anexo III, en [https://documents-dds-](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G89/178/22/pdf/G8917822.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G89/178/22/pdf/G8917822.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G89/178/22/pdf/G8917822.pdf?OpenElement)

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS NACIONES UNIDAS, “Observación General N° 12 - El derecho a una alimentación

adecuada”, 12 de mayo de 1999, en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1999%2f5&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1999%2f5&Lang=en)

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “Informe sobre los períodos de sesiones 57º, 58º y 59º (Doc. Nº E/2017/22 E/C.12/2016/3)”, en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/001/07/pdf/G1700107.pdf?OpenElement>

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “Tabla de casos pendientes”, en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/PendingCases.aspx>

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “Comunicación Nº 2/2014”, en <http://juris.ohchr.org/Search/Details/2010>

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “Comunicación Nº 5/2015”, en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f61%2fD%2f5%2f2015&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f61%2fD%2f5%2f2015&Lang=en)

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Documento CCPR/C/119/D/2425/2014”, en [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/IRL/CCPR\\_C\\_119\\_D\\_2425\\_2014\\_25970\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/IRL/CCPR_C_119_D_2425_2014_25970_E.pdf)

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Documento CCPR/C/118/D/2242/2013”, en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CPR%2fC%2f118%2fD%2f2242%2f2013&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CPR%2fC%2f118%2fD%2f2242%2f2013&Lang=en)

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Consideration by the Human Rights Committee at its 111th, 112th and 113th sessions of communications received under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights (Nº CCPR/C/113/4)”, en <http://undocs.org/CCPR/C/113/4>

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Consideration by the Human Rights Committee at its 114th, 115th and 116th sessions of communications received under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights (Nº CCPR/C/116/3)”, en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CPR%2fC%2f116%2f3&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CPR%2fC%2f116%2f3&Lang=en)

CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Memoria del Director General: Trabajo decente” en

<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>

EL HERALDO, “Así está la pobreza en Colombia” (nota del 26 de Marzo de 2017) en

<https://www.elheraldo.co/economia/asi-esta-la-pobreza-en-colombia-340595>

FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, “Alivio de la deuda en el marco de la Iniciativa para los Países Pobres Muy Endeudados (PPME)”, en

<http://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/hipcs.htm>

FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, “Convenio Constitutivo (1944)”, en

<https://www.imf.org/external/spanish/pubs/ft/aa/aa.pdf>

FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, “Estrategias de reducción de la pobreza en los programas respaldados por el FMI” en

<https://www.imf.org/es/About/Factsheets/Sheets/2016/08/01/16/32/Poverty-Reduction-Strategy-in-IMF-supported-Programs>

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Composición de la Comisión de Derechos Humanos de 1974 a 2005*, en <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/membership.htm>

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Los órganos de derechos humanos”, en <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Examen Periódico Universal”, en <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/UPR/Pages/UPRMain.aspx>

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, ACNUR, *Estado de ratificación de los principales instrumentos Internacionales*, en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4588.pdf?view=1> (20-08-2014)

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Derechos Civiles y Políticos: el Comité de Derechos Humanos. Folleto informativo N° 15 (Rev. 1)”, en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15rev.1sp.pdf>

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Estado de ratificación, presentación de informes y

documentación para República Popular Democrática de Corea”, en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/TreatyBodyExternal/countries.aspx?CountryCode=PKR&Lang=SP](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/countries.aspx?CountryCode=PKR&Lang=SP)

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Observaciones Generales CCPR” en <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx>

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Folleto informativo N° 16 (Rev. 1)”, en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet16rev.1sp.pdf>

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Guía práctica para la sociedad civil. Seguimiento de las recomendaciones de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos”, en <http://www.ohchr.org/Documents/AboutUs/CivilSociety/HowtoFollowUNHRRRecommendationsSP.pdf>

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Reforma de las Naciones Unidas: medidas y propuestas (A/66/860)”, en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/391/49/PDF/N1239149.pdf?OpenElement>

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, “Sessions for CESCR - International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/TreatyBodyExternal/SessionsList.aspx?Treaty=CESCR](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/SessionsList.aspx?Treaty=CESCR)

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, “Jurisprudence OHCHR.org”, en <http://juris.ohchr.org/en/search/results>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Sistema de Archivo de Documentos”, en <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/home.xsp>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Historia de la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, en <http://www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Órganos principales”, en <http://www.un.org/es/sections/about-un/main-organs/>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos (documento HRI/MC/2006/7)”, del 11 de mayo de 2006, en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/419/62/PDF/G0641962.pdf?OpenElement>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Informe sobre los indicadores para promover y vigilar el ejercicio de los derechos humanos (documento HRI/MC/2008/3)”, del 15 de mayo de 2008, en <http://undocs.org/es/HRI/MC/2008/3>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe de 2015*, en [http://www.un.org/es/millenniumgoals/pdf/2015/mdg-report-2015\\_spanish.pdf](http://www.un.org/es/millenniumgoals/pdf/2015/mdg-report-2015_spanish.pdf)

PORTAFOLIO, “Se considera pobre quien gana menos de \$ 187.079 mensuales” (nota del 3 de septiembre de 2011) en <http://www.portafolio.co/economia/finanzas/considera-pobre-gana-187-079-mensuales-133296>

PRIMER ENCUENTRO LATINOAMERICANO SOBRE LA EXIGIBILIDAD DE LOS DESC (22 al 24 de julio de 1998), “Declaración de principios sobre la exigibilidad y realización de los Desc en América Latina y el Caribe” (Declaración de Quito) del 24 de julio de 1998, en <https://www.escri-net.org/es/recursos/declaracion-quito-acerca-exigibilidad-y-realizacion-derechos-economicos-sociales-y>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Constitución de la OIT”, en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO::P62\\_LIST\\_ENTRIE\\_ID:2453907#A2](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907#A2)

-----, “[Oficina] Colombia” en <http://www.ilo.org/lima/paises/colombia/lang-es/index.htm>

-----, “Acerca del Consejo de Administración”, en <http://www.ilo.org/gb/about-governing-body/lang-es/index.htm>

-----, “Casos sobre libertad sindical”, en <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:20060::NO:20060::>

-----, “Colombia” [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11110:0::NO:11110:P11110\\_COUNT\\_RY\\_ID:102595](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11110:0::NO:11110:P11110_COUNT_RY_ID:102595)

- , “Cómo las Normas se crean”, en <http://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/international-labour-standards-creation/lang-es/index.htm>
- , “Convenios y recomendaciones”, en <http://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang-es/index.htm>
- , “Convenios”, en <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12000:0::NO::>
- , “El Comité de Libertad Sindical”, en <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-on-freedom-of-association/lang-es/index.htm>
- , “El procedimiento de la libertad sindical”, en [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/image/wcms\\_088458.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/image/wcms_088458.pdf)
- , “El procedimiento de queja”, en [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/image/wcms\\_088453.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/image/wcms_088453.pdf)
- , “España” en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11110:0::NO:11110:P11110\\_COUNT\\_RY\\_ID:102847](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11110:0::NO:11110:P11110_COUNT_RY_ID:102847)
- , “La Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia”, en <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/conference-committee-on-the-application-of-standards/lang-es/index.htm>
- , “La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones”, en <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-of-experts-on-the-application-of-conventions-and-recommendations/lang-es/index.htm>
- , “Las reclamaciones en la práctica”, en <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/representations/lang-es/index.htm>
- , “Listado de Quejas/Comisiones de encuesta” en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50011:0::NO::P50011\\_ARTICLE\\_NO:26](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50011:0::NO::P50011_ARTICLE_NO:26)
- , “Los mandantes”, en <http://www.ilo.org/madrid/oit-en-espa%C3%B1a/los-mandantes/lang-es/index.htm>

-----, “Misión e impacto de la OIT”, en <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/lang--es/index.htm>

-----, “Perfiles por país”, en <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11003::NO::>

-----, “Procedimiento de reclamación”, en [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/image/wcms\\_088448.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/image/wcms_088448.pdf)

-----, “Procedimientos especiales de la Organización Internacional del Trabajo para el examen de quejas por violaciones al ejercicio de la libertad sindical”, en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:62:1570031388938559::NO:62:P62\\_LIST\\_ENTRIE\\_ID:2565060:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:62:1570031388938559::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2565060:NO)

-----, “Ratificaciones de todos los convenios por país”, en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:10015::NO:10015:P10015\\_DISPLAY\\_BY,P10015\\_CONVENTION\\_TYPE\\_CODE:1,U](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:10015::NO:10015:P10015_DISPLAY_BY,P10015_CONVENTION_TYPE_CODE:1,U)

-----, “Reclamaciones (artículo 24)” (por año), en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50010:13275084214247:::P50010\\_DISPLAY\\_BY:1](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50010:13275084214247:::P50010_DISPLAY_BY:1)

-----, “Reclamaciones (artículo 24)” (por país), en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50010:13275084214247:::P50010\\_DISPLAY\\_BY:2](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50010:13275084214247:::P50010_DISPLAY_BY:2)

-----, “Reglamento relativo al procedimiento para la discusión de reclamaciones presentadas con arreglo a los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT” en [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcm\\_041901.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcm_041901.pdf)

RODRÍGUEZ GARAVITO, César, “El nuevo desorden mundial” en <http://www.elspectador.com/opinion/opinion/el-nuevo-desorden-mundial-columna-675568>

RODRIGUEZ GARAVITO, César, “Tomar la protesta en serio” <http://www.elspectador.com/opinion/opinion/tomar-la-protesta-en-serio-columna-636889>

### **Jurisprudencia colombiana**

1. Sentencias de Tutela Corte Constitucional de Colombia:

- T-597 de 1993



- T-290 de 1994
- T-153 de 1998
- T-1036 de 2000
- T-1081 de 2001
- T-171 de 2003
- T-025 de 2004
- T-307 de 2006
- T-016 de 2007
- T-760 de 2008
- T-940 de 2012
- T-600 de 2013

2. Autos de seguimiento Corte Constitucional de Colombia:

- Auto 185/04 del 10 de diciembre de 2004, Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004.
- Auto 178/05 del 29 de agosto de 2005, Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004.
- Auto 039/17 del 2 de febrero de 2017, Seguimiento a la sentencia T-760 de 2008, órdenes 16 y 29.
- Auto 410/16 del 5 de septiembre de 2016, Seguimiento a la sentencia T-760 de 2008 órdenes 17 y 18.

3. Sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional de Colombia

- C-039 de 1994
- C-157 de 1998
- C-1052 de 2001
- C-177 de 2002
- C-038 de 2004
- C-668 de 2006
- C-507 de 2008
- C-978 de 2010
- C-1165 de 2010
- C-372 de 2011
- C-100 de 2011
- C-533 de 2012

- C-644 de 2012
- C-330 de 2013
- C-034 de 2014
- C-486 de 2016
- C-486 de 2016
- C-077 de 2017

#### 4. Autos y sentencias del Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia “Acción de Cumplimiento Expediente No. 245943 CE-SEC3-EXP1999-NACU579” del 11 de febrero de 1999.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Auto Radicación número: 25000-23-25-000-2003-1050-01(ACU) del 20 de noviembre de 2003.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia con Radicación N° 76001-23-31-000-2006-02233-01, Actor: Bertilda Cruz de Penagos, Demandado: Ministerio de Transporte, del 8 de marzo de 2007.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, “Acción de Cumplimiento Expediente No. 2011-00804-01(ACU)” de 9 de mayo de 2012.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia Radicación N° 250002341000201500041-01, del 24 de septiembre de 2015.

#### **Jurisprudencia española**

- STC 76/1983, de 5 de agosto de 1983
- STC 26/1987, de 27 de febrero de 1987
- STC 160/1987 y STC 161/1987, del 27 de octubre de 1987
- STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007

#### **Legislación colombiana**

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 388 de 1997 en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0388\\_1997\\_pr002.html#116](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0388_1997_pr002.html#116)

- , Ley 393 de 1997 (Ley de acción de cumplimiento) en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0393\\_1997.html#1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0393_1997.html#1)
- , Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1437\\_2011\\_pr003.html#146](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#146)
- , Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012\\_pr001.html#46](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012_pr001.html#46)
- , Ley 1755 de 2015 (Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1755\\_2015.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1755_2015.html)
- , Ley 1769 de 2015.
- , Ley 1815 de 2016.